Zur Lehre

vom strafrechtlichen Vorsatz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde beider Rechte

von der

juristischen Fakultät

der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

genehmigt

und zugleich mit den angehängten Thesen

öffentlich zu verteidigen

am 22. April 1897.

von

Karl Klee

Kammergerichtsreferendar.

Opponenten:

1. Hr. Dr. Gustav Specka, Kammergerichtsreferendar
2. Hr. Konrad Grosser, „
3. Hr. Arthur Kohler, „

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

AGAD.
BIBLIOT.
BIBL.

Dem Andenken meines Vaters.

INHALT.

pag.

§ 1.

Der Vorsatz im allgemeinen 1

§ 2.

Der strafrechtliche Vorsatz insbesondere 2

§ 3.

Der Wille und die Rechtswidrigkeit der Handlung 14

§ 4.

Der Wille und das Recht des Wissens 27

§ 5.

Der Satz „error (ignorantia) juris nocet“ 40

§ 6.

Dogmengeschichtliches 57

§ 7.

Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts 67

§ 8.

Schlussbetrachtung 77

„Plus in re est quam in existimatione mentis.“

§ 1.

Der Vorsatz im allgemeinen.

Jede Willensbethätigung, sei sie positiver oder negativer Natur, ein Thun oder ein Unterlassen, erfordert, wenn der Handelnde den in seine Vorstellung aufgenommenen Erfolg aus einem Bilde seiner Gedankenwelt zu einer Thatsache der Wirklichkeit werden lassen will, den Vorsatz.

Vorsätzliche Handlung ist bewusste Verwirklichung des in der Vorstellung concipierten, nach greifbarer Gestalt ringenden Erfolges.

Die fahrlässige Handlung setzt auch eine Thätigkeit des Willens voraus, sonst wäre sie nicht „Handlung“, welche eben Willensbethätigung ist; aber der mit der Notwendigkeit des Natur-Kausalismus eintretende Erfolg ist nicht Eigenthum des Handelnden in demselben Sinne wie der auf Grund vorsätzlicher Handlung eintretende Erfolg.

Fahrlässige Handlung ist die unbewusste Verwirklichung eines Erfolges. Die in der Aussenwelt vor sich gegangene Veränderung ist dem Thäter etwas fremdes: er hat getötet, aber er wollte nicht töten; er hat einen Menschen getötet, er wollte ein Tier töten. Nichtsdestoweniger ist die That zurechenbar, weil diejenige Handlung, welcher der nicht gewollte Erfolg entsprungen ist, auf seinen Willen zurückführbar ist: Der Thäter hat das Gewehr abdrücken wollen, welches das Unheil gewirkt hat.

Vorsätzlich gehandelt hat, wer den Erfolg seines Thuns oder Unterlassens vorausgesehen hat, ob er ihn nun gewünscht hat oder nicht. Wer ihn nicht vorausgesehen hat, ihn unter den obwaltenden Umständen aber hätte voraussehen können, hat fahrlässig gehandelt.

Zufall ist gegeben, wenn jemand auch bei gehöriger Sorgfalt, wie er sie als Glied des gesellschaftlichen Organismus zu prästieren hat, den Erfolg nicht hätte voraussehen können. Von Handlung ist dann nicht mehr die Rede und demzufolge auch nicht von Verantwortlichkeit

„Handlung“ liegt nur vor in den Fällen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, und unter diesen wieder ist es der Vorsatz, welcher die schärfere Anspannung des Willens aufweisst: Die vorsätzliche Handlung ist die Handlung κατ' ἐξοχήν. Sie weist das untrügliche Gepräge des menschlichen Willens auf, während die Grenze zwischen der Fahrlässigkeit und dem irresponsablen Zufall eine oft undeutliche, schwankende ist. Die vorsätzliche Handlung ist vom Handelnden nicht zu verleugnen; sie ist ein Stück des Individuums selbst, welches seinen Willen unmittelbar in der Aussenwelt objektiviert, sich im Spiegel seiner Thaten wieder erkennt.

Der Künstler, der ein Kunstwerk bilden, der Privatmann, welcher einen Kaufvertrag abschliessen, der Verbrecher, welcher einen Mitmenschen aus dem Wege schaffen will, sie alle bedienen sich des Vorsatzes als eines unentbehrlichen Willenshebels.

Wie weit nun muss dieser Vorsatz reichen, worauf muss er sich erstrecken, damit von einem vollendeten „Kunstwerke“, „Kaufe“, „Verbrechen“ die Rede sein kann? Genügt es, dass derjenige Akt, welcher die Voraussetzung des erstrebten Effektes ist, in die Vorstellung aufgenommen ist; dass also der Künstler seinen Willen auf das Malen, der Käufer auf den Abschluss des Kaufgeschäfts, der Verbrecher auf den Akt der Tötung gerichtet hat, oder muss hinzukommen, dass der Künstler das Bewusstsein hat, ein „Kunstwerk“ zu leisten, dass der Käufer sich über die Wirkungen des Kaufes nach allgemeinem Landrecht oder nach gemeinem Recht klar ist, muss insbesondere der Verbrecher daran denken, ein „Verbrechen“ zu begehen? Ist die „Zurechenbarkeit“ der Handlung, ihre Beurteilung, im einen Falle die ästhetische, im andern die juristische, davon abhängig, dass der Handelnde sich des objektiv feststehenden Charakters seiner Handlung bewusst gewesen ist?

§ 2.

Der strafrechtliche Vorsatz insbesondere.

Die am Schluss des vorigen Paragraphen aufgeworfene Frage ist für das Gebiet des Strafrechts eine Kardinalfrage. Sie stellt uns mitten in den Streit der Theorien über den strafrechtlichen Vorsatz, über den „Dolus“. Zwei feindliche Gruppen sehen wir sich einander gegenüber stehen: Die eine beschränkt den kriminellen Vorsatz auf den sinnlich wahrnehmbaren Akt, welcher nach positivem Recht ein

Verbrechen darstellt, die andere misst dem Bewusstsein des Thäters von der Qualität seiner Handlung entscheidende Bedeutung bei. Dort ist ausreichend, dass eine objektiv strafbare Handlung vorhanden ist, hier ist die Zurechnungsfrage auch dadurch bedingt, dass die Handlung subjektiv strafbar ist — dies wäre wenigstens das Konsequenteste, wie sich noch zeigen wird. Zumeist begnügt man sich jedoch mit einer schwächeren Schattierung der strafbaren Handlung und gelangt dazu durch den Schluss, dass eine strafbare Handlung stets zugleich eine rechtswidrige, eine unsittliche u. s. w. sein muss. So sucht man das massgebende Moment teils im rechtlichen, teils im ethischen Charakter der Handlung.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als begriffswesentlich für den Vorsatz fordert Binding auf Grund seiner Normtheorie, die wegen ihrer Wichtigkeit für die Lehre vom Vorsatz hier in Kürze darzustellen ist.

Jedem Strafgesetz liegt nach Binding eine gebietende oder verbietende Norm zu Grunde, ein „Du sollst“ oder „Du sollst nicht.“ Man gewinnt die Norm, indem man den ersten Teil eines jeden Strafgesetzes umwandelt in einen Befehl oder ein Verbot, in der daselbst bezeichneten Weise zu handeln. Die Norm für Mord und Totschlag heisst demnach „Du sollst nicht töten“ u. s. f. Begrifflich geht, wie Binding sagt, die Norm jedem Gesetz strafrechtlichen Inhalts voraus, bereits vor ihm ist sie existent, und die nachfolgende Strafsatzung hat weiter keine Funktion, als Art und Mass des auf die Übertretung der Norm stehenden Übels zu bestimmen. Die Unterthanen verpflichtet von beiden nur die Norm, während die Strafsatzung sich nicht an die Objekte sondern die Subjekte der Staatsgewalt wendet, nicht als eine Berechtigung resp. Verpflichtung des Staates statuiert, von seiner ihm zustehenden Strafgewalt den angemessenen Gebrauch zu machen, der Norm mit dem im Einzelfall gebotenen Nachdruck Geltung zu verschaffen. Gegen das Strafgesetz verstossen kann nur der Staat selbst, indem er an rechter Stelle nicht straft, an unrechter straft, in casu zu schwere oder zu milde Strafe verhängt; die Übertretung des Normimperativs, des eigentlich Wesentlichen, ist dem Verbrecher vorbehalten. Woher rührt nun die Pflicht des Individuums, der Norm den von ihr geforderten Gehorsam zu leisten? Klar ist, dass, wenn die Strafsatzung, wie gesagt, für sich mit verpflichtendem Charakter dem Individuum gegenüber nicht ausgerüstet ist, sie auch der Norm diesen

Charakter nicht beilegen kann. Woher wird also der Norm die rechtlich verbindliche Kraft? Binding's Antwort lautet: Der Rechtscharakter ist der Norm als solcher immanent; sie hatte ihn, bevor der Staat ihr seinen Strafschutz schenkte; die Zufügung der Straffolge ist keineswegs Voraussetzung für die Verpflichtungskraft der Ge- oder Verbotsnorm, kann es für die Normtheorie gar nicht sein.

Freilich, ist mir bekannt, dass die Rechtsordnung die Nichtbefolgung einer Norm mit empfindlichen Rechtsfolgen bedroht, weiss ich, dass ich bestraft werde, wenn ich etwas thue oder lasse, so habe ich darin nicht nur ein Indiz, sondern vollen Beweis dafür, dass die Norm eine rechtlich verpflichtende ist.[1]) Doch man vergesse darüber nicht: Auch losgelöst von jeglicher Strafbestimmung beansprucht die Norm reale Existenz; von selbständigen Bedingungen ist sie getragen und nicht angewiesen auf die Strafsatzung, welche zwar eine sie für die Augen der Individuen in's Licht stellende Begleiterscheinung ist, nicht aber die sie mit Rechtskraft versehende Quelle. Und aus dieser absoluten Selbständigkeit[2]) der Norm leitet Binding folgenschwere Sätze für den Vorsatz ab:

Da das Wesen der strafbaren Handlung in der bewussten Auflehnung gegen den Imperativ der Norm liegt, so ist zum Vorsatz Bewusstsein der Normwidrigkeit oder[3]) was dasselbe ist, Kenntnis der durch sie begründeten Rechtspflicht erforderlich; „ohne Kenntnis der Norm keine Fähigkeit so zur Pflichthandlung wie zum Delikt." Die Gehorsamspflicht entsteht erst mit der Kenntnis der Norm und durch dieselbe. Und auf Verletzung dieser Gehorsamspflicht muss derjenige, welcher eine strafbare Handlung begeht, notwendig seinen Vorsatz richten, da eben das Wesen des Verbrechens im Ungehorsam gegen die Norm besteht, wie analog das Wesen der Unsittlichkeit im Ungehorsam gegen den der praktischen Vernunft als Sittengesetz beigegebenen kategorischen Imperativ. Ohne jedwede Bedeutung ist das Bewusstsein, sich mit dem Strafgesetz in Widerspruch zu setzen, da

---

[1]) Binding, Normen I 2 A. S. 44.

[2]) Dafür, dass die Norm unabhängig ausserhalb der Strafgesetze steht, scheinen Binding vor allem die Paragraphen des R.St.G.B. zu zeugen, in welchen nur die Strafdrohung reichsgesetzlich bestimmt ist, die Feststellung des Thatbestandes aber dem Kaiser, Bundesrat u. s. w. überlassen wird. Diese „Blankettgesetze" betonen nach B. energisch „das Exoterische" der Norm.

[3]) Binding l. c. II S. 63, 67.

dieses als solches für den Unterthanen nicht verbindlich ist. Deswegen unterscheidet Binding für die Vorsatzlehre „Delikt“ und „Verbrechen“; Delikt ist die verbotene Handlung als solche, Verbrechen dagegen ein Thatbestand, an welchen Straffolgen geknüpft sind.[4])

Es kann nur einen Deliktsvorsatz, als welcher auf die verbotene Handlung an sich abzielt, geben; der Verbrechensvorsatz, d. h. der Vorsatz, welcher sich auf die des Imperativs entbehrenden Straffolgen erstreckt, wie Binding sagt, der Vorsatz der „qualifizierten Normübertretung,“ ist belanglos. Der Binding'sche Vorsatz charakterisiert sich kurz als „das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruches zu der Norm, unter welche sie fällt“[5]). Aus dieser Begrenzung des Vorsatzbegriffes ergiebt sich, dass im Hinblick auf die Zurechnungsfrage der Irrtum des Thäters über das Strafgesetz, Art und Maas der Straffolgen, wie überhaupt über jedes Merkmal, welches die Strafbarkeit einer Handlung bedingt oder beeinflusst, nicht in Betracht kommt. An folgenden Beispielen sei der Gegensatz zwischen „Delikt“ und „Verbrechen“ illustriert:

A. hat den B. erschlagen, ohne zu wissen, dass B. sein Vater ist. Die Ascendentenqualität des Erschlagenen ist ein Strafbarkeitsmerkmal, sie erhöht die auf den einfachen Totschlag gesetzte Strafe. Der Irrtum über ein Strafbarkeitsmerkmal kann aber dem Vorsatz seinen wesentlichen Inhalt nicht nehmen, welcher damit gegeben ist, dass, wie Binding sich ausdrückt, der B. „ein anderer“ ist und der Wille des A. auf den Tod dieses „andern“ ging. Die Norm „Du sollst nicht töten“ lebte in der Vorstellung des Thäters, und diese Kenntnis der „Deliktsnatur“ der That reicht zur Imputation der That aus. Das Normwidrigkeitsmerkmal (Deliktsmerkmal) ist erfüllt, mithin der A. des Totschlags schuldig.

Ist jemand der irrtümlichen Meinung, seinen Descendenten zu bestehlen, er bestiehlt aber einen Nichtdescendenten, so kann er einen Strafausschliessungsgrund für sich nicht in Anspruch nehmen auf Grund des im Interesse der Heiligkeit des Familienfriedens und nicht zu Gunsten des Diebes vom § 247 R.Str.G.B. aufgestellten Privilegs. Zu seiner Strafbarkeit muss genügen, dass er sich bewusst war, einen Diebstahl zu begehen. Der Ehebrecher, der vorsätzlich die Ehe bricht, braucht

---

[4]) Binding l. c. II S. 463/64.

[5]) Binding l. c. II S. 403.

nicht zu wissen, dass er der Strafe verfällt, wenn die Ehe um des Verbrechens willen geschieden wird; im Sinne des Strafgesetzes ist er ein „Ehebrecher," weil er die Norm „Du sollst nicht Ehe brechen" mit Bewusstsein übertreten hat.

Obige Beispiele zeigen, dass der Vorsatz kein „Verbrechensvorsatz" ist, dass das „hervorstechendste allgemein wesentliche Merkmal des Verbrechens als der mit Strafe belegten Rechtsverletzung, die Strafbarkeit, im Bewusstsein des Thäters auch nicht in der leisesten Schattierung vorhanden zu sein braucht"[6]).

Prüfen wir nunmehr die positive Seite der Binding'schen Lehre, welche mit ebenderselben Entschiedenheit, mit der sie den „Verbrechensvorsatz" verwirft, für den „Deliktsvorsatz" eintritt.

Beachtlich ist nach Binding nur der Irrtum über das Verbotensein der Handlung, über ihre „Deliktsnatur"; aber dieser Irrtum ist auch der schwerwiegendste und schliesst die Zurechnung unter allen Umständen aus.

Gesetzt den absonderlichen Fall, jemand, und zwar ein Zurechnungsfähiger — denn um einen solchen kann es sich nur handeln, wenn die Zurechenbarkeit einer That in Frage steht — kennt die Norm „Du sollst nicht töten" überhaupt nicht; unmöglich könnte der Staat ihn als Totschläger oder Mörder bestrafen.

Nehmen wir einmal an, jemand sei, wie Rousseau's Emile, abgetrennt von jeglicher Civilisation aufgewachsen und geriete plötzlich unter die Gesellschaft des gesitteten modernen Europas; nicht unwahrscheinlich ist es, dass ein solches Individuum auf eine geringfügige Kränkung ohne Skrupel mit Totschlag reagieren würde, ein Verfahren, welches des Thomasius „Totschlagsmoral" für den Naturzustand rechtfertigt. Das Pflichtmotiv konnte hier im Gewissen des Thäters nicht wirksam werden, das Bewusstsein der Normwidrigkeit konnte in ihm gar nicht aufkommen, ebensowenig wie bei zur Schau vorgeführten Kannibalen, die sich, plötzlich vom Taumel ihrer Wildheit gefasst, unter das Publikum stürzen, um ihren tierischen Gelüsten zu fröhnen.

Man sähe sich in die heikle Situation versetzt, die Armen zu bemitleiden, dass ihnen nicht einmal das Kardinalgebot aller Menschheit gegenwärtig sei. Nur gut, dass die Notwehr und die Vernunft nicht Zeit liessen zu der juristischen Erwägung: von Rechts wegen dürfte über jene Unmenschen keine Strafe verhängt werden.

[6]) Binding l. c. II S. 466.

Die beiden letzterörterten Fälle wollen wir jedoch um ihrer hypothetischen Existenz willen nicht zum Wertmesser der Normtheorie stempeln. Vielmehr wollen wir uns auf den Boden der Binding'schen Theorie selbst stellen und sie mit ihrem eigenen Masse messen. Nur so können wir sie auf ihre innere Konsequenz hin prüfen. Und an dieser inneren Konsequenz werden wir irre, wenn wir näher zusehen. Denn Binding selbst führt seine Theorie nicht scharf durch und behilft sich an einer Stelle mit einem im Grunde unbefriedigenden Auswege. An folgenden Beispielen werde dies klar:

Jemand tötet seinen Mitmenschen auf dessen Verlangen, er erlöst ihn dadurch von Todesqualen. Zwar ist ihm die Verbotsnorm, welche das fünfte Gebot des Dekalogs ausspricht, wohl bekannt, aber er vindiziert sich im konkreten Falle ein Ausnahmerecht; er beruft sich auf den Satz: „volenti non fit injuria," ohne sich darüber Gedanken zu machen, dass das Gut des Lebens ein unveräusserliches, im öffentlichen Interesse unverzichtbares Recht ist. Soll der Thäter straflos sein, soll ihm die That nicht „zugerechnet" werden?

„Nur Normunkenntnis als solche entschuldigt, nicht Unkenntnis der Grenze zwischen Norm und Ausnahme" lautet Binding's Antwort [7]).

Von unwiderstehlichem Rachetrieb, welcher mit elementarer Gewalt die ihm von der Gesellschaft gesetzten Schranken durchbrechend an die erste Kindheit des Strafrechts gemahnt, hingerissen, mordet der Sohn den bereits zum Tode verurteilten Mörder seiner Mutter.

Sein Vorsatz entspringt der Erwägung, der zum Tode Verurteilte sei bereits ein Kind des Todes, und dem Staate könne es einerlei sein, ob der Verbrecher einen Tag früher oder später zu den Toten zähle.

Auch hier heisst es „nur Normunkenntnis als solche entschuldigt".

Noch deutlicher tritt die Grenzverrückung zwischen Norm und Ausnahme im Kopfe des Thäters zu Tage in einem von Osenbrüggen [8]) mitgeteilten Falle, wo ein Bauer mit Hilfe seiner ohne Bedenken herbeieilenden Nachbaren seinen vom tollen Wolfe gebissenen Sohn in den Bettkissen erstickt, um dessen unsäglichen Leiden ein Ziel zu setzen. Die Bauern glaubten damit etwas durchaus erlaubtes gethan zu haben; sie beriefen sich auf eine alte beglaubigte Erzählung,

---

[7]) Binding l. c. II S. 69.

[8]) Abhandlungen a. d. Strafrecht S. 33.

wonach vor längeren Jahren im selben Dorfe mehrere von der Wasserscheu befallene Leute ungestraft erstickt worden waren.

Hier wird die Norm „Du sollst nicht töten" so sehr in den Hintergrund gedrängt, dass das vermeintliche Ausnahmerecht kaum mehr in Bezug auf die Regel der Norm gedacht wird, vielmehr im Bewusstsein der Thäter selbständige Existenz annimmt. Die Überzeugung der Thäter, recht zu thun, fällt so wuchtig in die Wagschale — man denke an die Berufung auf die für die Begriffe der Bauern einen herkömmlichen Brauch, um nicht zu sagen eine Art Gewohnheitsrecht, enthaltende Erzählung —, dass die Norm im Schatten der Ausnahmeberechtigung zu einem unkennbaren Nichts zusammenschwindet, die Ausnahme den Charakter der Ausnahme völlig verliert.

Mit der Kenntnis der Norm in abstracto, wie sie Binding für ausreichend erklärt, kann man sich in den dargestellten Fällen nicht begnügen; namentlich im letzten Falle wäre die Bestrafung der Bauern nicht darauf zu bauen.

Soll einmal Kenntnis der Norm Voraussetzung der Strafbarkeit sein, so muss wirkliche, bestimmte Kenntnis verlangt werden. Diese fehlt aber bei demjenigen, welcher im Unklaren über Regel und Ausnahme ist. Wenn Binding[9]) sagt: „Die irrtümliche Nichtsubsumtion der Handlung unter die Norm ist der allein relevante Irrtum", so scheint es uns keinen wesentlichen Unterschied zu machen, ob diese Nichtsubsumbtion deswegen stattfindet, weil die Norm unbekannt oder weil sie in concreto falsch aufgefasst wird. Ihre Aufgabe, den Thäter mit seiner Gehorsamspflicht bekannt zu machen, kann sie in beiden Fällen nicht erfüllen. Es läuft auf das nämliche hinaus, ob jemand so schlechte Augen hat, dass er die Turmuhr überhaupt nicht sehen, oder dass er bloss die Stellung der Zeiger nicht erkennen kann; in keinem Falle weiss er, wie spät es ist.

Doch noch eine weitere Konsequenz aus der Normtheorie lässt sich nicht umgehen.

Wie wir gesehen haben, ist für Binding allein beachtlich der Irrtum über das Verbotensein der Handlung. Dieser Irrtum nun sei ein „echter Irrtum über Thatumstände", bemerkt Bindig in Anknüpfung an die Worte des § 59 R.Str.G.B. „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören". Wenn Binding behauptet[10]):

[9]) Binding l. c. I S. 93.

[10]) l. c. II, S. 607.

„Es giebt keinen Thatumstand, welcher für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung" — so hält ihm Ortmann[11]) mit vollem Recht entgegen, ebenso gut könne man sagen: „Es giebt keinen Thatumstand, welcher für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre als gerade das Strafbarsein der Handlung". Erklärt doch Binding selbst die Strafbarkeit für das „hervorstechendste, allgemein wesentliche Merkmal des Verbrechens".

Und stellt man sich man einmal auf den Standpunkt, welchen die Normtheorie einnimmt, dass der Thatbestand eines Verbrechens durch die Gesamtheit der wesentlichen Merkmale incl. der allgemeinen, einem jeden Verbrechen eigentümlichen, gebildet wird, so wird man sich der Folgerichtigkeit des Schlusses nicht entziehen können, dass das Bewusstsein von der Strafbarkeit der Handlung zum Begriffe des Vorsatzes gehöre[12]).

Überdies, erweist sich denn der von Binding konstruierte Gegensatz zwischen Norm und Strafsetzung, Delikt und Verbrechen, für die strafrechtliche Betrachtung überhaupt fruchtbar? Höchstens liesse sich dies vertreten in Ansehung derjenigen Fälle, wo der Thäter wohl vom Unerlaubtsein seiner Handlungsweise weiss, die sich daran knüpfenden Straffolgen aber nicht kennt (cf. pag. 5 u. 6.).

In einer grossen Zahl von Fällen[13]) schliesst aber die Unkenntnis der Strafbarkeit die Unkenntnis des Verbotenseins der Handlung in sich, und dies notwendig überall da, wo die strafbare Handlung durch keine andere Verbotsnorm als durch das Strafgesetz verboten ist, wo die Norm erst durch das Strafgesetz ins Leben gerufen ist. Hier trifft nicht zu, was Binding als allgemeine Regel aufstellt, dass die Norm als das Primäre der Strafsatzung voraufgeht. Denken wir uns hier das Strafgesetz fort, so müssten die durch dasselbe verpönten Handlungen als rechtlich voll angesehen werden; vergebens sähen wir uns nach einem civilrechtlichen oder sonstigen Verbot um, welches die Handlung diskreditierte, sie unter das Niveau des rechtlich Erlaubten herabdrückte — gar nicht davon zu reden, dass vom Stand-

[11]) Strafbarkeitserkenntniss als Schuldvoraussetzung S. 31.

[12]) Für das R.St.G.B. beweist der § 56, wie Ortmann fälschlich annimmt, keineswegs, dass das Bewusstsein der Strafbarkeit zum Begriff des Vorsatzes gehört; denn im § 56 ist nicht von der Erkenntniss der Strafbarkeit die Rede, sondern von der dazu erforderlichen Einsicht. Und dies mit der Einschränkung auf jugendliche Verbrecher!

[13]) Z. Folg. vergl. Lucas, subjektive Verschuldung S. 81 ff.

punkt einer konniventen Durchschnittsmoral nichts gegen sie einzuwenden wäre. Lediglich auf Grund positiver Strafbestimmung haben die hier in Rede stehenden Handlungen ihr rechtlich indifferentes Wesen eingebüsst, ihr harmloses Aussehen mit der Physiognomie „verbrecherischer" Handlungen vertauscht. Teils polizeiliche Zweckmässigkeitsgründe, teils soziales Bedürfnis, mehr oder weniger nüchterne Erwägungen des Staatsinteresses haben diese Strafgesetze erzeugt, weswegen man von ihnen zu sagen pflegt, sie gehörten weniger dem „natürlichen" als dem „rein positiven" Rechte an. Greifen wir z. B. den Kanzel-Paragraphen des R.St.G.B. heraus. Vor der Emanation des § 130a existierte die von ihm aufgestellte Norm in keiner Gestalt. Vor 1871 war es rechtlich durchaus erlaubt, vom Standpunkt der Kirche aus nur lobenswert, wenn ein Geistlicher, dessen Axiom die Zweischwerterbulle „unam sanctam" war, mit beredtester Zunge von der Kanzel herabverkündete, dass neben dem Gehorsam, welchen der Gläubige der Kirche schulde, die Staatsbürgerpflicht ein Schatten sei. — Das Wuchergesetz von 1880 zeigt augenfällig die Geburt oder besser Wiedergeburt der in ihm enthaltenen Norm, hatte doch das Gesetz vom 14. November 1867 jegliche Zinsbeschränkung aufgehoben und damit alle ihm entgegenstehenden Normen ausdrücklich beseitigt. Der Missbrauch der Gewerbefreiheit hat die Strafbestimmungen der Reichsgewerbeordnung hervorgerufen überhaupt könnte man eine Fülle von Zeugnissen aufführen, wo einem schranklosen Manchestertum die haltgebietende Norm gegenübergestellt werden musste. Wo war die Norm existent, die im § 367, Abs. 3 R.St.G.B. liegt, dass keiner ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzeneien zubereiten, feilhalten u. s. w. dürfe! Der § 9 des Sprengstoffgesetzes stellt sogar die irgend welchen erlaubten Zwecken dienende Produktion von Sprengstoffen unter empfindliche Strafe, falls sie ohne polizeiliche Erlaubnis geschieht und statuiert damit eine Verbotsnorm, an die wohl bis dahin kein Chemiker gedacht hat. Die rein formalen, aus Ordnungsbedürfnis und Steuerinteresse erwachsenen Gesetze strafrechtlichen Inhalts, wie das Gesetz betreffend die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefässe, das Gesetz betreffend die Erhebung der Reichsstempelabgaben, vermehren die Beweise dafür, das die Norm keineswegs notwendig vor dem Strafgesetz bestanden zu haben braucht. Somit erleidet der Satz[14]): „Jedes Strafgesetz ist seinem Wesen

[14]) Binding l. c. I S. 52.

nach die Verschärfung eines Gebots- oder Verbotsgesetzes" und der wesentlich dasselbe besagende Satz[15]): „Alle Strafgesetze erkennen das Delikt als Uebertretung einer ausser ihnen liegenden Norm an" eine bedeutende Bresche.

Nicht anders aber als mit den obgenannten, offensichtlich erst durch den Strafgesetzgeber geschaffenen Normen scheint es uns mit jenen Normen zu stehen, welche seit Menschengedenken Bestandteil des allgemeinen Volksgewissens sind — sie sind der unverkennbare Ausgangspunkt der Binding'schen Normtheorie. Nur ist hier der historische Nachweis weit schwerer, dass die Norm der Strafsatzung keineswegs begrifflich voraufgeht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass vor Existenz der gegen Mord, Diebstahl, wie überhaupt die sogenannten „delicta iuris naturalis seu gentium" gerichteten Strafbestimmungen, diese Handlungen bereits durch das bürgerliche Recht verboten gewesen sind. Das Gegenteil zu beweisen ist deshalb schwierig, weil ursprünglich, wie dies uns noch heute das Recht der Naturvölker lehrt, das bürgerliche Recht mit Strafbestimmungen stark durchsetzt ist, wie sich denn eine reinliche Scheidung zwischen beiden Rechtsgebieten in der Geschichte der Völker überhaupt erst spät und nur allmählich vollzieht[16]).

Psychologisch näher liegt es, dass das Unrecht dem Recht vorherging[17]), dass die das Unrecht zurückdämmende Strafe den Begriff „Recht" erst schuf, erst nach Niederwerfung des Unrechts durch eine konsequente Handhabung der die Privatrache ablösenden Strafe von Seiten des Staates ein bürgerliches Recht sich entwickeln konnte. Kurz gesagt, es ist wahrscheinlicher, dass das Unrecht die Norm, als dass die Norm das Unrecht geschaffen hat. Die Norm stellt sich demnach dar als ein Niederschlag der unter der Schirm- und Schutzherrschaft des Strafrechts gewonnenen gemeinsamen Überzeugung von der Gutsqualität gewisser Lebensbedingungen.

---

[15]) Ders. l. c. I S. 70.

[16]) Ihering „Schuldmoment" S. 4: Der Fortschritt des Rechts besteht in einer fortgesetzten Einengung des Gebietes und in einer fortgesetzten Reinigung des Begriffes der Strafe.

[17]) In „Welt als Wille und Vorstellung" I S. 400 (3. A.) betont Schopenhauer, dass das Unrecht der primäre Begriff sei, das Recht hingegen der abgeleitete, sekundäre. — Vergleiche auch die Darstellung bei Zucker in Grünhuts Zsch. IX S. 501 „Criminal- und Civilunrecht".

Im übrigen kann hier die Frage, ob erst das Strafrecht den Rechtsgutscharakter der Lebensinteressen erzeugt hat, ob das Strafrecht also älter als das Civilrecht ist, nur gestreift werden: Ihre Lösung muss einer selbständigen historisch-philosophischen Forschung überlassen bleiben. Nur auf die leitenden Gesichtspunkte wird im Laufe der Arbeit noch hinzuweisen sein.

Doch selbst zugegeben, dass es viele Strafgesetze giebt, welche eine bereits durch andere Gesetze mit civilrechtlichen oder sonstigen Rechtsfolgen ausgestattete Handlung poenalisieren, auch bei diesen Strafgesetzen ist das zivilrechtliche oder sonstige Verbot durchaus nicht notwendige Voraussetzung für das kriminelle; keineswegs bringt sich das Strafrecht in Abhängigkeit von einer ihm „begrifflich vorausgehenden" Norm, vielmehr wahrt es seine absolute Selbständigkeit und regelt sein Gebiet autonom, indem es jene Normen zu strafrechtlichen Normen erhebt. Ein Anknüpfen, eine, sei es bewusste, sei es unbewusste Uebereinstimmung liegt zwar vor, die Ge- oder Verbote des Strafrechts sind mit denen des Civil-, Staats-, Kirchen-Rechts identisch; aber unrichtig ist die Auffassung, als hätte der Strafgesetzgeber weiter nichts gethan, als eine „begrifflich" bereits für das kriminelle Gebiet existierende Norm mit Strafschutz versehen: für ihn wird die Norm erst „Norm" durch die Thatsache der Poenalisierung.

So kehrt sich für uns das von Binding konstruierte Verhältnis zwischen Norm und Strafgesetz um; für das kriminelle Gebiet, das für den kriminellen Vorsatz in erster Linie in Frage kommt, verleiht erst das Strafgesetz der Norm Rechtscharakter; gleichgültig ist, ob die Norm schon vorher rechtliche Existenz hatte oder nicht. Die Strafsatzung ist keine deklarative Bekräftigung einer bereits vor ihr vorhandenen, von ihr vorgefundenen Norm, keine Waffe, die sich dieser Norm, zur Verfügung stellt, vielmehr wirkt die Strafsatzung konstitutiv d. h. erst dadurch, dass eine Handlung in den Strafcodex aufgenommen wird, wird sie kriminelles Unrecht. Dies scheint selbstverständlich zu sein und keiner Hervorhebung zu bedürfen. Aber diese Selbstverständlichkeit muss gegenüber der Normtheorie betont werden, welche fälschlich der Norm die Rolle des Strafgesetzes zuweist und die Strafsatzung ihres konstitutiven Charakters entkleidet.

Aus obigen Erörterungen erhellt, dass der Gegensatz zwischen Rechtswidrigkeit im Sinne von Normwidrigkeit und Strafbarkeit der Handlung nach der positiven Seite hin für die Vorsatzlehre unfruchtbar ist.

In vielen Fällen lässt er sich überhaupt nicht aufstellen, nämlich überall da, wo erst das Strafgesetz die Norm schafft, wo die Verletzung eines Interesses nur deswegen „rechtswidrig“ ist, weil sie mit Strafe bedroht ist, kurz wo Rechtswidrigkeit mit Strafgesetzwidrigkeit zusammenfällt. Und, wo sich der Gegensatz aufstellen lässt, ist er praktisch nicht verwertbar aus dem Grunde, weil im Gebiet des Strafrechts ausschlaggebend nur sein kann, was der Strafgesetzgeber für rechtswidrig erklärt hat, abgesehen ganz davon, dass es selbst für den geschulten Juristen recht schwierig ist, von jedem Strafgesetz die Norm zu abstrahieren[18]).

Wenn aber die Rechtswidrigkeit der Handlung für die strafrechtliche Betrachtung identisch ist mit der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung, so stellt sich nunmehr die Frage dahin, ob das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit für den Vorsatz begriffswesentlich ist. Muss, fragt es sich, die That als eine strafgesetzwidrige gewollt sein, damit ein „Verbrechen“ vorliege, ebenso wie eine Sache als „fremde“ fortgenommen sein muss, damit „Diebstahl“, jemand als „Ascendent“ erschlagen sein muss, damit „Ascendententotschlag“ vorliege? Um an den Wortlaut des § 59 unseres Reichsstrafgesetzbuches anzuknüpfen: ist die Strafgesetzwidrigkeit einer der „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören“, und ist demgemäss der Irrtum über das Strafgesetz Strafausschliessungsgrund?

Von vornherein leuchtet nicht ein, wie etwas, was doch erste Voraussetzung für das Funktionieren des Strafapparates ist, nämlich dass die in Frage kommende Handlung zu den „Verbrechen“, den strafbaren Handlungen zählt — also eine allgemeine Voraussetzung —, ein dem einzelnen konkreten Thatbestande eigentümliches Merkmal sein solle. Im Gebiete der Botanik kommt nur in Betracht, was Pflanze ist; nimmer wird man der einzelnen Pflanze das Gattungsmerkmal, welches darin besteht, dass sie „Pflanze“ ist, als spezielles zuschreiben.

Eines circulus vitiosus würde sich schuldig machen, wer auf die Frage: „Welches sind die Merkmale eines in concreto vorliegenden Verbrechens?“ zur Antwort gäbe, dass es mit Strafe bedroht sei; denn Verbrechen ist eben eine mit Strafe bedrohte Handlung.

Der Begriff „Thatbestandsmerkmal“ oder „Thatumstand, der zum

---

[18]) cf. Hälschner, gem. deutsches Strafrecht S. 255.

gesetzlichen Thatbestand gehört", ist auf das hervorstechendste, allgemein wesentliche" Verbrechensmerkmal unanwendbar.

§ 3.

Der Wille und die Rechtswidrigkeit der Handlung.

Das Missverständnis in der ganzen Frage scheint uns tiefer zu wurzeln. Es rührt her aus der unrichtigen Auffassung des Verhältnisses des menschlichen Willens zur rechtswidrigen That: aus der subjektivistischen Auffassung der objektiven Rechtsordnung fliesst die Theorie, welche dem Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der Handlung begriffswesentliche Bedeutung für den Vorsatz beimisst. — Bereits als solcher haftet der rechtswidrigen Handlung die Qualität der Rechtswidrigkeit an, indem das objektive Recht die That als rechtswidrig kennzeichnet. Sie ist schon rechtswidrig, bevor sie in concreto durch das Medium eines menschlichen Willens in die Erscheinung tritt, und sie bleibt ein- für allemal rechtswidrig, welcher Wille auch hinter ihr stehe. Vom Willen kann die Handlung unmöglich den Charakter der Gesetzmässigkeit wie der Gesetzwidrigkeit empfangen; es ist verfehlt, den Willen in einer Frage mitreden zu lassen, für deren Entscheidung nur eine einzige Instanz existiert: die objektive Rechtssatzung.

Es kommt allein darauf an, dass der Akt des Wollens vorliege gerichtet auf die sich objektiv als eine strafbare darstellende Handlung: Die sinnlich wahrnehmbare Handlung an sich muss gewollt sein, nicht die Handlung als eine mit dem Strafgesetz in Widerspruch stehende.

Selbstverständlich soll dem Willen das unantastbare „Recht des Wissens" nicht verkürzt werden — davon wird im folgenden Paragraphen zu handeln sein.

Ob der Wille auf eine rechtswidrige oder ob er auf eine rechtlich unerhebliche Handlung gerichtet ist, er ist der nämliche. Sein Wesen bleibt davon unberührt, ob ich nun meine mir zu Eigentum oder ob ich die einem anderem angehörige Sache vorsätzlich beschädige. Ebenso verhält es sich mit der fahrlässigen Beschädigung eines mir und eines einem andern gehörenden Gegenstandes. Die Verschiedenheit des Objektes lässt den Willen an sich ganz intakt. Wie aus einem und demselben Gewehrlauf sowohl ein blinder als ein scharfer Schuss hervorgehen kann, durch den einen nur die Luft erschüttert, durch den

andern schweres Unheil angerichtet wird, so kann der Wille bald rechtlich erhebliches, bald rechtlich unerhebliches wirken: Stets bleibt er derselbe. Es ist daher inkorrekt, von einem bald rechtmässigen, bald rechtswidrigen Willen zu sprechen. „Rechtswidriger Vorsatz," „rechtswidrige Absicht" sind ungenaue Ausdrücke, da die betreffende psychische Funktion nicht selbst, sondern immer nur das Objekt, auf welches sie sich richtet, rechtswidrig sein kann.

Möglich ist es ja, dass jemand bewusstermassen eine gute Handlung als eine gute, eine schlechte als eine schlechte vornimmt, und dies wird sogar Regel sein. Aber darauf kommt es nicht an; von dieser Kongruenz der Auffassung der Allgemeinheit mit seiner eigenen hängt die Beurteilung und Rubrisierung der Handlung nicht ab. An ihrem Wesen wird nichts durch eine Absicht des Thäters geändert, welche sich in eben dieser Handlung selbst nicht ausprägt.

Beruhte die Beurteilung einer That auf dem Bewusstsein ihres Wertes oder Unwertes auf Seiten des Thäters, so müsste man, auch trotzdem nach allgemeinen Begriffen keine „gute" Handlung vorläge, die Handlung „gut" heissen, wenn der Thäter vermeinte, sie sei „gut"; keinen Vorwurf durfte man ihm machen, wenn er sich „nichts bei ihr dachte."

Ob die Motive, aus denen ich gehandelt habe, edel oder niedrig sind, das entscheide am letzten Ende nicht ich, sondern das steht im landläufigen Moralcodex. „In nobis non est, bonis vel malis esse" sagt Pufendorf in diesem Sinne und: „Actionem bonam dicimus, quae cum lege congruit, malam, quae ab eadem discrepat" [1]).

Ebenso steht es nicht bei uns, „gesetzmässig" oder „gesetzwidrig" zu handeln. Diese oder jene Veränderung in der Aussenwelt, eine sich objektiv als „gesetzmässige" oder „gesetzwidrige" Veränderung herbeizuführen, hat jeder in der Hand. Doch hat er gehandelt, und zwar „gehandelt" im Sinne des noch zu erörternden Hegel'schen Satzes vom „Rechte des Wissens," dann ist die Herrschaft seines Willens zu Ende — bis hierher und nicht weiter greift das Recht seiner Persönlichkeit. Der Wille hat das Recht, sich zu objektivieren, und er braucht sich dabei keine Folge seiner Handlung gefallen zu lassen, die er nicht gewusst und gewollt hat, aber nur, soweit dieses sein Wissen und

[1]) „De iure naturae et gentium" Lib. I cap. V § 13 u. cap. VII § 3.

Wollen in Betracht kommt. Der Wille hat die Pflicht, sich vor der Majestät der ausserhalb seiner und über ihm stehenden Objektivität zu beugen; er hat sich in sich zurückzuziehen da, wo das Subjekt und und die subjektive Einsicht nichts mehr gelten darf.

Dieser Satz muss feststehen, ob man nun menschliches Handeln in Bezug setze zur Moral, zur Aesthetik, zum Recht. Überall erhebt sich ein starrer Kodex, der die Selbstherrlichkeit des Individuums nicht anerkennt und garnicht anerkennen darf, wenn er sich nicht selber aufgeben will. Die Begriffe von Aesthetik, Anstand, Moral, Recht, Unrecht, Verbrechen hätten sich garnicht entwickeln können, wenn es dem Einzelnen gestattet gewesen wäre, nach Belieben neue Gesetze aufzustellen, wenn nicht vielmehr über seinen Kopf hinweg sich feste Regeln gebildet hätten. Über den Häuptern der Individuen erhebt sich ein ohne ihr Zuthun resp. ohne ihr bewusstes Zuthun errichtetes Gebäude, unter dessen Gewölbe sie wohl oder übel heimisch werden müssen.

Mit vollem Recht sagt daher Post[2]): „Der einzelne Mensch lebt mehr das Leben der Organismen, welche über ihm in der menschlichen Rasse und im Kosmos überhaupt bestehen, als sein eigenes."

Weil aber diese Organismen dem „*πάντα ρεῖ*" unterliegen, so ist notwendige Folge die Relativität aller Werte, welche in eben diesen Organismen in die Erscheinung treten.

„Sittlich" — „unsittlich", „schön" — „hässlich", „rechtmässig" — „rechtswidrig" sind nicht Eigenschaften der Wesen und ihrer Handlungen an sich, sondern nur Urteile von einem objektiven Standpunkt aus, dessen Inhalt bestimmt ist durch die mannigfachsten Einflüsse psychischer und physischer Natur.

Was auf einer bestimmten Stufe völlig erlaubt, ja heilige Rechtspflicht ist, wird auf einer andern Stufe als verabscheuungswürdiges Verbrechen bestraft, z. B. die Blutrache. Bei manchen tiefstehenden Völkerschaften ist, wer raubt und stiehlt, wegen seines Wagemutes[3]) und seiner Verschlagenheit ein angesehener Mann, in der Periode des Staatslebens ist er ein Verbrecher.

---

[2]) Der Ursprung des Rechts S. 15.

[3]) Ein Anklang findet sich in der Carolina (Art. 166), die den „tapferen grossen u. kündtlichen" Diebstahl in Hungersnot entschuldigt. Die spartanischen Jünglinge durften stehlen; Schande war es nur, sich ertappen zu lassen.

Auf primitiver Stufe ist der Frauenraub legales Mittel, zu einem Eheweibe zu gelangen, in der Periode der Staatenbildung schwere Missethat.

Ja, auch innerhalb einer in sich abgeschlossenen Periode giebt es keine absoluten Verbrechen. Die Handlung des Henkers, des Soldaten in der Schlacht ist, für sich betrachtet, genau dieselbe wie die des Mörders. Meuchelmord war es, wenn die Guerillas die Landesfeinde in Schluchten lockten und sie ungesehen aus den Büschen niederschossen, wenn Wilhelm Tell den Gessler tötete: „Der Zweck heiligt die Mittel" — dieser Satz spricht die Wahrheit aus, dass es absolute Werte nicht giebt.

Weil aber dem so ist, und die die Handlungen bezeichnenden Adjektiva nichts sind als Prädikate, welche eine Objektivität ihnen beilegt, Urteile, welche vom Meinen und Dafürhalten des Subjekts völlig unabhängig sind, so kann das Subjekt ihnen nimmer entfliehen: Mit unentrinnbarer Notwendigkeit heften sich diese Prädikate an das in die Erscheinung getretene, auf dem Boden der Sinnlichkeit sich bewegende Willensprodukt[4]).

Es ist wie gesagt ein Unding, gegenüber objektiv feststehenden Regeln die Einsicht des Einzelnen zu Worte kommen zu lassen, bei ihr sich Auskunft zu holen in einer Frage, über die schon längst entschieden ist.

Damit soll nicht gesagt sein, dass es dem Individuum ganz verschlossen ist, neue Normen, neues Recht zu schaffen; die legalisierende Macht des Erfolges soll nicht geleugnet werden. Doch der Appell vom Recht an das Forum der Geschichte fällt nicht immer so günstig aus wie bei der „glorious revolution" des Cromwell, es hat schon manchen Catilina gegeben; und nicht immer bedeutet ein Justizmord eine Justizreform wie im Falle des Shylock. Wer nicht reüssiert, — und je mehr Boden das Bestehende in der Überzeugung der Allgemeinheit hat, desto grösser ist das Risiko — der muss die ganze Grausamkeit einer ihrer Existenz sich wehrenden Objektivität über sich ergehen lassen. Wer ein nach allgemein anerkannten Regeln der Ästhetik unzuläng-

[4]) Wie typisch geprägt die Prädikate oft sind, dafür sei Beispiel der Rechtsbegriff der römischen „infamia", der eine rein äusserliche Gestaltung aufweisend die Würdigung des einzelnen Falles von sich geradezu ausschliesst . . . „quia factum lex, non sententiam notaverit," sagt Ulpian libro I ad leg. Jul. et Pap. l. 43 § 12 Dig. de ritu nuptiarum 23,2.

liches Bild gemalt hat, kann noch so sehr vom Werte seiner Schöpfung durchdrungen sein — wenn es ihm nicht gelingt, neue Kunstprinzipien siegreich zur Geltung zu bringen, wird man über ihn zur Tagesordnung übergehen. Und wer in seiner Gefühlsrohheit sittliche Pflichten verletzt, wird sich nicht wundern dürfen, den niedrigen Charakteren beigerechnet zu werden, mag er selbst auch lebhaft dagegen protestieren und meinen, sein Egoismus mache ihm keine Unehre: solange die Gesellschaft an dem christlichen Ideal der Nächstenliebe festhält, muss er sich dies Urteil gefallen lassen.

Wie für kein andres Gebiet ist es für das Recht Existenzfrage, ob dem Einzelwillen verstattet werden darf, sich auf dem Boden der Objektivität breit zu machen, aus den Schranken seiner ihm notwendig anhaftenden Subjektivität herauszutreten.

Um mit dem Privatrecht zu beginnen — kann man im Ernste dem Handeln des Individuums rechtsschöpferische, konstitutive Bedeutung zuerkennen, oder muss man nicht vielmehr sagen: Auch hier, wie überall tritt der Mensch in gegebene Verhältnisse, hat er sich der Macht der Objektivität zu unterwerfen, dies verlangt das Gesetz der erhaltenden Ordnung?

Zwei Meinungen liegen miteinander im Kampfe. Die einen sagen mit Pufendorf[5]): „. . . neque iste effectus (von einem Rechtseffekt ist die Rede) proprie ex permissione legis resultat, sed ex propria cuiusque libertate". Die andern sagen mit Vulteius[6]): „Etsi enim, ut obligatio constituatur mens atque voluntas ut plurimum sit necessaria, ex ea tamen obligatione oritur non quod homo ita velit, sed quod ius ex facto eiusmodi obligationem oriri concedit. . . . ius igitur causa obligationis est proxima, factum hominis remota".

Dort erhält das objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht, von der Gnade des allgewaltigen Individuums fristet es sein Leben, hier ist das Rechtsgeschäft nicht ein Produkt des subjektiven Willens, sondern im tieferen Grunde eine Emanation des objektiven Rechts.

Leitet man die juristischen Folgen eines mit Bewusstsein vorgenommenen Aktes aus dem Wollen des Individuums her, so darf man die Konsequenzen nicht scheuen: Dann muss z. B. der Käufer sich

[5]) l. c. Lib. I Cap. 6 § 15.
[6]) Iurisprud. Rom. L. I, cap. 26.

klar sein über den Zeitpunkt des Gefahrüberganges: und irrt er hierüber, meint er im Gebiete des gemeinen Rechts gehe die Gefahr erst mit der Tradition der Kaufsache über, darf man ihm nicht entgegenhalten, dass dies bereits mit der Perfektion des Kaufkontraktes der Fall sei. Denn dies hat der Käufer nicht „gewollt", vielleicht hätte er bei besserer Rechtskenntnis die Waare garnicht gekauft.

Wer ein nichtiges Testament gemacht hat, darf dann nicht ab intestato beerbt werden, wenn er den Nichtigkeitsgrund nicht kannte.

Der gesunde Menschenverstand sträubt sich gegen solche Konsequenzen. Offenbar ist, dass ein Irrtum über die Rechtsfolgen sowenig eine Rolle spielen kann, wie ein Nichtwissen derselben, mögen sie auch manchmal in willkürlicher, für die Erkenntnis des Einzelnen unbegreiflicher Weise von der Rechtsordnung geregelt sein, wie z. B. in Justinian's Entscheidung des Schulstreites über den Eigentumserwerb des Spezifikanten, wie z. B. ferner in der verschiedenen, widerspruchsvollen Regulierung des Fruchterwerbes. Von dieser oft rücksichtslosen Souveränität der Rechtsordnung hat das Publikum ein richtiges, instinktartiges Gefühl, welches es dazu bestimmt, sich vor Eingehung einer rechtlichen Verpflichtung, wenn es seiner Sache nicht ganz sicher ist, über die eventuellen Rechtsfolgen zu orientieren. Denn ehe man es sich versieht — ein Blick in Ihering's „Jurisprudenz des täglichen Lebens" lehrt es — ist man von den Netzen des Rechts umstrickt. Man kann „Geld borgen", Waaren „einstellen" wollen bei einem andern, „heiraten" wollen — daran, was das Recht dazu sagt, braucht man nicht zu denken, damit die Rechtsfolgen eintreten. Letztere sind eben Folgen des Rechts, die Rechtswirkung tritt ein von Rechtswegen, kraft des Spruches der Rechtsordnung, auf den die Anwesenheit oder Abwesenheit des Wunsches nach einer Rechtswirkung, wie überhaupt deren Vorgestelltsein ohne jeden Einfluss ist [7]). „Nicht der Wille der Personen ist es, der das Rechtsgeschäft zu einer rechtserzeugenden und rechtsaufhebenden Thatsache macht, sondern der Wille des Rechts giebt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäfts" [8]).

---

[7]) J. Kohler in Ihering's Jahrb. XVI. S. 106 drückt dasselbe in scharf zugespitztem Gegensatze aus: Die rechtlichen Konsequenzen vollziehen sich nicht vi voluntatis sondern vi legis. . . . Sie treten ein mit dem Unbewussten eines Naturphänomens.

[8]) Brinz, Pandekten 1888.

Zu merkwürdigen Konsequenzen führt Savigny's Theorie vom Rechtsgeschäft. Savigny[9]) verlangt, dass der Wille unmittelbar gerichtet sei „auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses." Deshalb rechnet er, da der Jäger bei der Jagd sich des Eigentumserwerbes durch Okkupation „weniger bewusst" wird, diese Handlung nicht zu den Rechtsgeschäften, sondern zu den „freien Handlungen"[10]). Rechtsgeschäft aber wäre die Erbeutung eines Hasen durch einen Professor der Jurisprudenz, der trotz aller Waidmannsfreude an die originäre Eigentumserwerbsart denkt.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass es einzig und allein darauf ankommt, ob eine Handlung in den Augen des Rechts Rechtsgrund ist, dass rechtliche Wirkungen vom Handelnden nicht gewollt zu sein brauchen, damit ein Rechtsgeschäft zustande komme.

Wie — um an eine Analogie im Gebiete der Theologie zu erinnern — nur der Ritus und nicht die sakramentale Wirkung vom Sakramentserteiler gewollt sein muss, auf dass das Sakrament gehörig erteilt sei[11]), so stellt sich der rechtsgeschäftliche Wille nicht als der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille, sondern als der auf Vollzug des von der Rechtsordnung zum Rechtsgeschäft gestempelten Aktes gerichtete Wille dar.

Mit dem Steuermann, welcher das Schiff zu lenken hat, vergleicht Ihering[12]) den Willen. Wie der Steuermann die Macht über das Schiff hat, es lenken kann, wohin er will, so kann der Wille das Recht seinen Bedürfnissen entsprechend verwenden: Das Rechtsgeschäft ist das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung[13]). Doch die Bedeutung des Willens erschöpft sich darin, dass er die Zweckbestimmung des Rechts für das Subjekt vermittelt. Das Recht bietet nicht den Stoff, sondern die Voraussetzung des individuellen Wollens.

Aus diesem Grundsatz ergiebt sich auch die richtige Auffassung

---

[9]) System III, 5.

[10]) System III, 6 Note g.

[11]) Ueber die vielumstrittene Frage cf. Richter-Dove, Kirchenrecht S. 722. Thomas von Aquin entscheidet sie dahin: „In verbis quae profert (scil. sacredos) expimitur intentio Ecclesiae, quae sufficit ad perfectionem sacramenti." — Der „intentio Ecclesiae" entspricht der Wille der Rechtsordnung auf rechtlichem Gebiete.

[12]) Geist des röm. Rechts III 60.

[13]) Dernburg, Pand. I (3. A.) S. 213.

des dispositiven Rechts[14]). Das dispositive Recht ist ebenso Bestandteil des objektiven Rechts wie das absolute, der individuellen Willkür keine Freiheit gebende Recht. Nimmer kann Privatwillkür die Anwendung objektivrechtlicher Vorschriften ausschliessen; daraus folgt, dass es keine Satzungen geben kann, welche durch einen entgegengesetzten Privatwillen derogierbar sind. Der durch „fori prorogatio" bestimmte Gerichtsstand ist kein gesetzwidriger, sondern ein nur kraft Gesetzes bestehender Gerichtsstand, ebenso wie die testamentarische Erbordnung eine gesetzmässige ist[15]).

In jedem Falle steht das objektive Recht über dem Einzelwillen, gewähre es ihm auch ungemessenen Spielraum. Es ist nicht so zu denken, als verliehe der souveräne Erblasser aus eigener Willensmacht heraus dem von ihm eingesetzten Erben Erbrecht, als wählten die Parteien auf Grund ihrer ausserhalb des Rechts stehenden Willkür einen andern als den regelmässigen Gerichtsstand; die sanktionierende, überall im Hintergrunde stehende Kraft ist die Rechtsordnung, sie ist, um mit Windscheid zu reden, das eigentlich Wirkende.

In welchem Grade der Individualwille, wenn er sich auf dem Boden des Rechts manifestiert, der Objektivität unterworfen ist, das lehren in Sonderheit diejenigen Fälle, wo die Rechtsordnung dem Willen eine über ihn selbst hinausgehende Spannkraft zuteilt.

Trotz der derogatorischen Klausel, darin er sich dieses Rechtes begiebt, hält das objektive Recht dem Testator den Widerruf seines Testamentes offen. Der letzte Wille soll in seiner ganzen Reinheit zur Geltung kommen, und daher löst die Rechtsordnung den Willen von den Fesseln, die er sich selbst angelegt hat. Ebenso ist es mit der Unverbindlichkeit des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht von Seiten des Vollmachtgebers, dem so die Rechtsordnung selbst wider seinen Willen, die rechtliche Selbständigkeit garantiert. Ohne rechtliche Wirkung ist der Ausschluss der Haftung für dolus bei Kontraktverhältnissen: Die Rechtsordnung will der Arglist und Tücke keine Freistatt geben, so manierlich und unbefangen sie sich auch einführe. Dolus semper praestatur. Da das Recht auf die Hülfe der Gerichte ein unveräusserliches Attribut der Privatrechte ist, so ist der mit einem anderen vereinbarte Verzicht auf den Rechtsweg nichtig

[14]) Des Näheren siehe v. Bülow „Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung" im Archiv für civil. Prax. Bd. 64 S. 1 ff.

[15]) v. Bülow l. c. S. 73.

u. s. f.[16]) Hierher gehört auch das weite Gebiet des unverbindlichen Verzichts im öffentlichen Recht.

Nur soweit nimmt die Rechtsordnung von der Selbstbeschränkung des Willens Notiz, als sie es mit ihren Interessen für vereinbar hält. Um wieviel mehr sollte sie nicht darauf bedacht sein, den Willen die ihm von ihr auferlegten Beschränkungen fühlen zu lassen, auch dann, wenn er sich dieser Beschränkungen nicht versah und daraus das Privileg für sich ableiten zu können glaubte, von ihnen nicht betroffen zu werden!

Zu analogen Ergebnissen muss die Betrachtung auf kriminellem Gebiete führen. Auch hier, werden wir sagen müssen, kann der Wille nur insofern in Betracht kommen, als er sich richtet auf den Akt, welcher vom Standpunkt des objektiven Rechts aus eine strafbare Handlung ist. Mit derselben Notwendigkeit wie beim Rechtsgeschäft, als der erlaubten Handlung, schliessen sich beim Delikt, als der unerlaubten Handlung, die Rechtsfolgen an die gewollte Veränderung in der Aussenwelt.

Nichts thut es zur Sache, dass die Rechtsfolgen in beiden Fällen verschieden sind, dass das Delikt ein Strafrecht und eine Strafpflicht begründet, nicht aber das Rechtsgeschäft[17]).

Auch, dass beim Rechtsgeschäft in der Regel die Rechtsfolgen gewollt sind, beim Delikt hingegen alles andere, nur nicht diese, dass ferner der metaphysische Grund derselben in beiden Fällen ein ganz verschiedener ist, ändert nichts an dem Umstand, dass hier wie dort die Willensäusserung die Prämisse ist für Schlüsse, welche die objektive Rechtsordnung, einmal als Civilrecht, das andere Mal als Strafrecht, mit derselben inneren Notwendigkeit zieht — der Anstoss für das Funktionieren eines und desselben Mechanismus: Wer in einem Kaufmannsladen etwas „für Geld haben" will, wird vom Recht als „Käufer", wer seinem verhassten Feind auflauert und ihn aus dem Hinterhalt tötet, wird vom Recht als „Mörder" behandelt.

Der Absicht, bei einem Kaufvertrage einen bestimmten Effekt zu

[16]) Als einen „Ausfluss mittelalterlicher Rechtsansichten, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte", bezeichnet Dernburg, Pand. I § 121, die Bestimmung der authentica „sacramenta puberum", dass nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen im Falle eidlicher Bestärkung gültig sein sollten.

[17]) cf. Lotmar: Ueber causa im römischen Recht S. 10.

erzielen, nämlich den der Einigung über Waare und Preis, entspricht beim Morde die Absicht, dem andern den Garaus zu machen, bei der Beleidigung eine bestimmte Handlung vorzunehmen, welche eine „Beleidigung" im Sinne der bestehenden Rechtsordnung enthält, keineswegs aber das Bewusstsein, eine so im positiven Strafcodex qualifizierte, mit Straffolgen bedrohte Handlung vorzunehmen, die Absicht, einen „Mord" zu begehen, eine „Beleidigung" vorzunehmen.

Letztere Absicht wäre völlig irrelevant, ebenso wie beim Kaufkontrakte die Absicht, den Übergang der Gefahr mit dem Augenblicke der Tradition eintreten zu lassen, für das gehörige Zustandekommen eines Kaufes nach allgemeinem Landrecht Ballast wäre. Die Charakterisierung der Handlung, die Bestimmung ihrer rechtlichen Folgen bleibt hier wie dort ausschliesslich der Rechtsordnung vorbehalten.

Es ist allerdings möglich, dass jemand in der Laune des Übermuts, in herostratischen Anwandlungen, einer strafbaren Handlung sich schuldig macht, nur um schon „vorbestraft" zu sein, wie wohl der Student auf die Mensur geht, um sich einen „Schmiss" zu holen; möglich ist, dass jemand ein Kind erzeugt, in der Absicht, dadurch eine rechtliche Veränderung, etwa eine Verschiebung in der Beerbung seines Nachlasses herbeizuführen.

Ebenso bedeutungslos ist dies, als wenn jemand, der mit einer Frauensperson konkumbiert, dabei beabsichtigt, ein Kind zu erzeugen: Ob er diese Absicht hat oder nicht, der Erfolg ist Sache der Natur, ebenso wie der Eintritt der Strafe, die Neuregelung der Erbschaftsverhältnisse Sache der Rechtsordnung ist.

Das Recht ist nicht der Sklave des Willens; es hat nicht nötig, sich erst mit dem Willen darüber in Einverständnis zu setzen, welcherlei Rechtsfolgen es produzieren solle. Hat der Wille sich einmal in den Bannkreis des Rechts begeben, so hat er seine Selbstherrlichkeit verloren, oder wie es Ihering[18]) kurz und bündig ausdrückt: „Das Recht ist nicht des Willens wegen da, sondern der Wille des Rechts wegen."

Für das Strafrecht insbesondere wäre es geradezu undenkbar, dass die Rechtsordnung ihre Herrschaft über den Einzelwillen preisgäbe.

Wie das Strafrecht auf die Handlung reagiert, ob es reagiert, soll dafür das Bild massgebend sein, welches sich im Kopfe des Thäters

---

[18]) l. c. III § 60.

über die juristische Qualifikation seiner Handlung spiegelt, mag es nun in den blassen Farben der Gleichgültigkeit oder in den satten Farben der bona fides gehalten sein?

Dies hiesse den Schwerpunkt vom Willensinhalt als dem Inbegriff des Gewussten und Gewollten der thatsächlichen Momente der Handlung in die Willensfärbung, d. h. in das Urteil des Thäters über die rechtliche Natur der Handlung, kurz, vom Willen in die Erkenntnis des Handelnden verlegen.

Thut man dies, lässt man nicht die Handlungen als solche, lediglich als Kinder des thäterischen Willens, bei der Entscheidung der Frage, ob eine rechtswidrige Handlung vorliege, zu Worte kommen, betrachtet man die einzelnen Handlungen vielmehr im Lichte des Urteils ihres Urhebers, soll also die Rechtswidrigkeit einer Handlung von dem Umstande abhängen, ob diese Rechtswidrigkeit auch im Bewusstsein des Thäters lebendig ist, so ist unerfindlich, zu welchem Zwecke das die Rechtswidrigkeit aussprechende Gesetz überhaupt da ist. Der juristische Gradmesser der Handlung ist es nicht mehr; es wird zum blossen Echo der Überzeugung des Handelnden, vorausgesetzt, dass dieser das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hatte. Hatte er's nicht, um so schlimmer für das Gesetz; es kann nicht funktionieren, da der Thäter es im Augenblicke der That gar nicht oder nur falsch kannte. Denn hätte er es gekannt oder hätte er es genauer gekannt, vielleicht hätte er ihm nimmer zuwidergehandelt, wie oben der Käufer vielleicht den Abschluss des Kaufes unterlassen haben würde, wenn er gewusst hätte, dass die Gefahr schon mit der Perfektion des Vertrages auf ihn übergehe, wie der Verkäufer vielleicht seine Waare nicht verkauft hätte, hätte er die Regeln der ädilicischen Haftung gekannt.

So sinkt das Gesetz zum leeren Wort, zum Schemen herab: materielle Kraft, Bestätigung wird ihm erst durch den Willen des Einzelnen. Jedes Gesetz ist, um in concreto wirken zu können, gewissermassen auf eine Contrasignatur von Seiten des Thäters angewiesen; sonst bleibt es illusorisch, da der objektive Thatbestand, welchen der Staat zur Bedingung seiner Wirksamkeit macht, allein nicht die Kraft besitzt, es in Bewegung zu setzen. Weiss das Individuum nicht, dass seine Handlung unter das betreffende Gesetz fällt, so ist das Gesetz seiner Existenzbedingung beraubt, es muss, um mit Angelus Silesius zu reden, „von Not den Geist aufgeben." Der Einzelne, nicht der Staat ist dann Gesetzgeber.

Dies sind die Konsequenzen aus der Verkennung der einfachen, sich logisch mit Notwendigkeit ergebenden Wahrheit, dass nun und nimmermehr der Wille „Ursache" einer „Rechtswidrigkeit" sein kann, die Konsequenzen aus der falsch verstandenen „Kausalität des Willens"[19]).

Das Kausalgesetz ist eine der Kantischen Kategorien unseres Denkens, und als solche Grundlage aller Erfahrung. Es spricht aus, dass ein Zustand einen bestimmten andern mit Notwendigkeit zur Folge haben müsse. Dadurch, dass wir diesem Gesetze alle Erscheinungen unterwerfen, ist uns empirische Erkenntnis von denselben überhaupt erst möglich[20]). Der Begriff des Verhältnisses von Ursache und Wirkung hat im Gebiete der Erfahrung unbeschränkte Gültigkeit, doch darüber hinaus ist er bedeutungslos, sein Machtbereich ist durch die Grenzen der Erfahrung abgesteckt. Nur im Zusammenhange von Ereignissen, der in Raum und Zeit vor sich gehenden Veränderungen, in der Folge der Erscheinungen gilt der „Stammbegriff der reinen Vernunft."

Gestattet nun die Kraft des Kausalitätsgesetzes möglich gewordene Erkenntnis einen Rückschluss von Wirkung auf Ursache, so liegt ein Urteil vor. Ein Urteil gehört aber nicht zu den Erscheinungen, es ist keine Thatsache, sondern eine Abstraktion; folglich hat die logische Notwendigkeit des gewonnenen Urteils mit dem Kausalgesetz, welches, wie gesagt, nur im Reiche der Erscheinungen herrscht, nichts zu thun.

Irreführend ist es demnach, die Schuld mit Binding zu definieren als „den Willen eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit"[21]). Denn zwischen Wille und Rechtswidrigkeit lässt sich die Brücke des Kausalitätsgesetzes nicht schlagen.

„Rechtswidrigkeit" ist ein Urteil, und als solches keine der Sinnenwelt angehörige Thatsache, vielmehr eine Abstraktion des juristischen Denkens, welche vom Kausalgesetz unberührt bleibt. Es ist also nicht logisch, vom Willen als der „Ursache einer Rechtswidrigkeit" zu sprechen. Verursacht werden kann nur sinnlich wahrnehmbares, der Erfahrung zugängliches, nicht aber eine Begriffsabstraktion, die ihre Geburtsstätte in der Logik hat. Dafür, dass eine Handlung „rechtswidrig" ist, kann es nur einen Erkenntnisgrund geben, nicht aber einen realen Grund, wie der Wille es ist. Weil der Wille ein realer Faktor ist, real wie

---

[19]) cf. zum Folg. Heinemann, die Binding'sche Schuldlehre § 4.

[20]) cf. Kant, Kritik der reinen Vernunft 2 A. S. 187.

[21]) l. c. II. S. 102.

kein zweiter, so kann seine Wirkung niemals in einer „Rechtswidrigkeit," „Rechtsverletzung" bestehen, welch' letztere als rein geistige Schöpfungen des Gesetzgebers der realen Existenz entbehren.

Die Wirkung des Willens kann vielmehr immer nur ein Vorgang sein, welcher die gleiche Eigenschaft mit ihm teilt, gleichfalls sinnfälliger Art ist, sie kann nur eine sinnlich wahrnehmbare Veränderung der Aussenwelt sein, welche dem Kausalitätsgesetz unterliegt. Der Wille kann wohl den Tod einer Person, die Vernichtung der fremden Existenz, verursachen, die Qualifikation dieser Handlung durch den Strafgesetzgeber kann er nicht verursachen: er kann keine ‚rechtswidrige' Tötung, keinen „Totschlag", keinen „Mord" verursachen, ebensowenig wie er den Rechtseffekt des Kaufes, einen „schändlichen" Streich, ein „schönes" Kunstwerk verursachen kann.

Die Denkform der Kausalität ist nur anwendbar auf die Erscheinungen an sich in ihrer sinnfälligen Nacktheit, nicht aber auf die mit einem gewissen Charakter mittels geistiger Abstraktion bekleideten Erscheinungen.

Eine Definition welche den Willen zur Ursache einer Rechtswidrigkeit stempelt, verwechselt einen aus den Erscheinungen der Wirklichkeit durch Abstraktion abgeleiteten Begriff mit diesen Erscheinungen selbst.

So sind wir auf dem Wege der Logik zu den nämlichen Resultaten gelangt, wie sie die Ableitung aus dem Wesen der objektiven Rechtsordnung zu Tage gefördert hat.

Soviel ist deutlich geworden: Um zu logisch richtigen Resultaten zu gelangen, muss die Zurechnunglehre von dem physischen Akte selbst, welcher eine Rechtsverletzung enthält, d. h. von der objektiven Rechtsordnung als „Rechtswidrigkeit" gebrandmarkt ist, nicht aber von der Rechtswidrigkeit als juristischen Begriff ausgehen.

„Die Imputationslehre hat nur die Frage zu beantworten: Ist eine wahrhafte Handlung vorhanden? Die Frage: Ist diese Handlung strafbar? muss sie gänzlich bei Seite liegen lassen. Ob ich weiss, dass eine Handlung verboten ist, oder ob ich dieselbe für erlaubt halte, das ist für die Anwendung des Begriffes der Zurechnung durchaus indifferent. Die Handlung bleibt in diesem wie in jenem Falle Handlung."[22])

[22]) Berner, Imputationslehre S. 63.

§ 4.

Der Wille und das „Recht des Wissens."

Bereits oben (pag. 14) ist betont worden, dass dem Willen das „Recht des Wissens" nicht benommen sein solle.

„„Das Recht des Wissens ist, in seiner „That" nur dies als „Handlung" anzuerkennen und nur an dem „Schuld" zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiss, was davon in seinem Vorsatze lag.""[1]

Dieser Hegel'sche Satz spricht die andere Seite des strafrechtlichen Vorsatzes aus. In der reinlichen Scheidung des „Rechtes des Wissens" hier von dem „Satze der Objektivität", welcher den Erörterungen des § 3 zu Grunde liegt, dort ist die Erkenntnis des Wesens des Vorsatzes begründet.

Nur scheinbar ist die Deutlichkeit der Grenze; denn mit dem Unterschiede zwischen That- und Rechts-Irrtum ist zwar die Formel für die eben angedeutete Scheidung gegeben, aber noch nicht das Gebiet des einen Irrtums gegen das des andern abgegrenzt.

Bevor wir diese Abgrenzung versuchen, müssen wir uns des Näheren mit dem, den Vorsatz ausschliessenden, thatsächlichen Irrtum beschäftigen.

Da die „That" auf den Willen des Thäters zurückführbar sein muss, damit sie zurechenbare „Handlung" sei, so ist notwendig, dass der Handelnde den thatsächlichen Momenten die Eigenschaft, welche sie nach dem Begriffe des bestimmten Verbrechens haben müssen, beilegt. Ist der Wille auf eine andre Handlung gerichtet als die in Wirklichkeit vorliegende, so ist der eigentliche Wille nicht verwirklicht, wenn auch die äussere Erscheinung zutrifft. Das Gewirkte war in der ihm wirklich zukommenden Eigenschaft nicht gekannt und auch in solcher nicht gewollt, weshalb es nicht als reiner Ausdruck des Willens erscheint.

Eine Eidesleistung über irrig für wahr gehaltene Thatsachen ist kein vorsätzlicher Meineid; das Delikt der Vergiftung ist nur dann gegeben, wenn der Thäter die gesundheitsschädliche Wirkung des dem andern beigebrachten Stoffes gekannt hat. Betont sei, dass nur der

[1]) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.

Irrtum über einen wesentlichen Umstand den Vorsatz auszuschliessen vermag, wie ja auch im Zivilrecht die Wirksamkeit des Irrtums durch seine Wesentlichkeit bedingt ist. Wie eine Verwechselung des fundus Cornelianus mit dem fundus Sempronianus den Kaufkontrakt nichtig macht[2]), so tritt Straflosigkeit ein, wenn jemand eine fremde Sache, die er für seine eigene hält, aus fremdem Gewahrsam wegnimmt: Irrtum über die Identität des Objekts ist erheblich wie im Zivil- so im Strafrecht. Nur dann liegt das Delikt der Beschimpfung einer Religionsgesellschaft vor, wenn Thäter sich der Eigenschaft der von ihm beschimpften Gesellschaft als einer religiösen bewusst war, sie nicht etwa für eine philosophische oder ethische Vereinigung ansah. Nicht jedoch würde ihn entschuldigen, wenn er sich zwar klar war über den religiösen Charakter der Sozietät, die Rechte einer öffentlichen Korporation ihr aber nicht beimass[3]). Um wegen „schwerer Körperverletzung" verurteilt zu werden, muss der Thäter diejenigen Eigenschaften des Werkzeuges gekannt haben, welche das Gericht bestimmen in ihm ein „gefährliches" zu sehen, nicht in Betracht kommt, ob der Thäter mit der Qualifikation des Gegenstandes als eines „gefährlichen Werkzeuges" einverstanden ist[4]).

Sehr umstritten[5]) ist der Dolus beim „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Im § 113 R.St.G.B. heisst es: „Wer einen Beamten in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet . . . "

Kein Streit herrscht mehr darüber, dass der Thäter gewusst haben muss, er habe einen Beamten vor sich und dieser sei in der Ausübung seines Amtes begriffen. Es fragt sich nur, ob der Vorsatz auch durch einen Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung ausgeschlossen wird. Das Reichsgericht hat dies in stetiger Praxis[6]) verneint: „„Die Annahme scheint begründet, dass es sich bei dem Zusatz der „Rechtmässigkeit" in den §§ 113, 117 nicht um die Aufnahme eines Thatbestandsmerkmals gehandelt hat, auf

---

[2]) fr. 9 pr. contrah. empt. Dig. XVIII, 1.

[3]) J. Kohler, Studien a. d. Strafrecht S. 70.

[4]) Entsch. des Reichsgerichts 2, 278, Urt. vom 29./9. 1880.

[5]) cf. Hiller, zur Irrtumsfrage beim Widerstand gegen die Staatsgewalt G. S. Bd. 27, S. 1. contra Guggenheimer, Irrtum d. Thäters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, München 1883.

[6]) z. B. E 2, 223 Urt. 5. 11. 80. E 3, 14 Urt. 30. 10. 80.

welches Wissen und Willen des Thäters, wenn er strafbar sein soll, sich zu erstrecken hätte[7])."

Hiernach ist also die „Rechtmässigkeit" der Amtshandlung nicht Begriffsmerkmal des § 113, drückt vielmehr lediglich das Selbstverständliche aus, dass der Beamte bei unrechtmässiger Amtsausübung auf den Schutz des Strafgesetzes nicht rechnen kann.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche in der „Rechtmässigkeit" einen „Thatumstand, der zum gesetzlichen Thatbestand gehört" sieht, lässt sich mit schlagenden Gründen nicht bekämpfen, ist doch selbst das Reichsgericht von der oben angegebenen Auffassung abgewichen, indem es in einem anderen Erkenntnis über einen Verstrickungsbruch die „Zuständigkeit" des pfändenden Beamten (§ 137 R.St.G.B.) als eine innerhalb des Vorsatzes liegende Voraussetzung der Strafbarkeit bezeichnet[8]).

Praktisch empfehlenswerter ist es, die „Rechtsmässigkeit" nicht zum Begriffsmerkmal des Delikts zu stempeln; dies giebt das Reichsgericht zu, wenn es in der letztcitierten Entscheidung den eventuellen Dolus in Reserve hält.

Auf jeden Fall ist zu verlangen, der dem Beamten Widerstand entgegensetzende Thäter müsse ernsthafte[9]) Gründe zu der Annahme der Unzuständigkeit des Beamten aufweisen können, damit er straflos ausgehe. Binding geht zu weit, wenn er sagt[10]), dass jeder Glaube an die Widerrechtlichkeit einer Amtshandlung den Vorsatz der Widersetzlichkeit ausschliesse, möge der Irrtum des Widerstehenden ein durchaus unverzeihlicher sein.

Ebenso wenig kann Binding's Beleidigungsdolus befriedigen; auch er lässt die Betonung der bona fides im Sinne positiven Pflichtbewusstseins vermissen. Binding[11]) behauptet nämlich, zum Vorsatz des § 186 R.St.G.B. gehöre Bewusstsein von der Unbeweisbarkeit der ehrenrührigen Thatsachen. Der § 186 macht aber die Nichtbestrafung

---

[7]) So Urteil E. 30. 10. 1880 3/4. Vergl. auch v. Schwarze, Kommentar, Anm. 16 zu § 113: „Der Thäter handelt auf seine Gefahr, wenn er, trotzdem er die Beamtenqualität erkannt hat, der Handlung Widerstand leistet; es ist zum Dolus nicht die Kenntnis des Thäters von der Rechtmässigkeit der Ausübung erforderlich."

[8]) Urt. 13. 6. 1884. E. 10, S. 425.

[9]) J. Kohler, l. c. S. 73.

[10]) Binding, l. c. II S. 589.

[11]) Binding, l. c. II S. 611.

von dem rein faktischen Resultat des erbrachten Beweises abhängig, und nichts weist darauf hin, dass der Thäter wie bei der Verleumdung (§ 187) die verächtlich machende Thatsache wider besseres Wissen behaupten oder verbreiten müsse. Auch der Einwand des Beleidigenden, der Andere sei in den Augen der Welt gerichtet, er habe keine Ehre mehr, folglich könne er nicht „beleidigt" werden, deckt ihn nicht: Die Rechtsordnung will Vorsicht und Zurückhaltung im Urteil über den Nebenmenschen erziehen, sie gewährt ihren Schutz dem Schurken, dem nichts zu beweisen ist, genau so wie dem makellosen Mann — straft sie doch auch den Mörder des zum Tode Verurteilten wie einen „Mörder", obwohl der Gemordete bereits ein Kind des Todes war[12]): Ehre und Leben sind Begriffe, über welche allein die Rechtsordnung befindet, wenn ihr Schutz angerufen wird.

Der § 193 R.Str.G.B. spricht von der Wahrnehmung „berechtigter" Interessen: Ein Irrtum darüber, ob „berechtigte" Interessen vorliegen, kann wiederum nicht strafausschliessend wirken; es kommt lediglich darauf an, ob die wahrgenommenen Interessen objektive Berechtigung haben.

Überall, sehen wir, erleidet das „Recht des Wissens" durch die Objektivität Modifikationen. Ein gemeinsames Prinzip lässt sich für den den Vorsatz ausschliessenden Irrtum nicht aufstellen; jedes einzelne Delikt müsste man durchgehen und die in ihm enthaltenen Irrtumsmöglichkeiten prüfen.

Schon oben (pag. 27) hoben wir hervor, dass die Grenze zwischen That- und Rechts-Irrtum nur scheinbar eine deutliche sei. Der Grund ist, dass nicht jeder Rechtsirrtum Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts ist. Wir sind gezwungen, zwischen Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts und Rechtsirrtum über ausserstrafrechtliche Normen zu unterscheiden; nur ersteren können wir für den „Satz von der Objektivität" in Anspruch nehmen, nur auf ihn können wir den Satz „error iuris nocet" beziehen. Aus der Natur des strafrechtlichen Vorsatzes ergiebt sich diese Einschränkung von selbst: Da, wie wir gesehen haben (pag. 12), für das Gebiet des Strafrechts nur in Betracht kommt, ob eine Handlung nach den Begriffen des Strafgesetz-

---

[12]) Auch bei der Sachbeschädigung wird die kriminelle Haftbarkeit für den Erfolg nicht dadurch beseitigt, dass er auch ohne eigene Thätigkeit eingetreten wäre. cf. E. XXII. S. 325.

gebers Unrecht ist, so kann die Strafsatzung durch einen Rechtsirrtum nur soweit unberührt bleiben, als er in ihrem Sinne ein Rechtsirrtum, kurz ein krimineller Rechtsirrtum ist; dahingegen der Irrtum über eine ausserstrafrechtliche Norm für das Strafrecht kein Rechtsirrtum, vielmehr ein die Strafe ausschliessender faktischer Irrtum ist: Die Objektivität des Strafrechts kommt dort nur insofern zur Geltung, als kriminelles Unrecht hier nur insofern krimineller Rechtsirrtum vorliegt.

Die Schwierigkeit besteht nun darin, den Rechtsirrtum als einen die Strafe ausschliessenden thatsächlichen Irrtum einerseits, ihn andrerseits als Irrtum über eine strafrechtliche Norm, als welcher irrelevant ist, zu entlarven.

Zuvor sei bemerkt, dass die Meinung vieler dahin geht, den Rechtsirrtum, auf welchem Gebiete er sich auch bewege, sei er strafrechtlich oder ausserstrafrechtlich, ein für allemal unberücksichtigt zu lassen, ihm in keinem Falle die Wirkung des thatsächlichen Irrtums einzuräumen.[13]) Diejenigen, welche in einem Irrtum über eine rechtliche Norm keinen faktischen Irrtum im Sinne des Strafrechts erblicken können, welche die Sonderstellung des error facti im Gewande des error iuris nicht anerkennen, betonen, dass die meisten Irrtümer, soweit sie nicht Art und Quantum der Strafe beträfen, in einem Irrtum über die Gestaltung des gleichsam dahinterliegenden anderweiten Rechts wurzelten, und unmöglich man alle diese Irrtümer berücksichtigen könne.[14])

Im Grunde ist es die oben gedachte Schwierigkeit, welche die Gegnerschaft gegen den sich als thatsächlichen darstellenden rechtlichen Irrtum hervorruft.

Das Reichsgericht[15]) seinerseits hat sich dadurch nicht beirren lassen, folgenden Grundsatz auszusprechen:

„Es besteht kein allgemeines Prinzip, wonach ein Rechtsirrtum von strafrechtlicher Haftbarkeit überhaupt nicht entschuldigen soll, und ausserdem kann ein Irrtum, welcher nicht Dasein und Sinn des Strafgesetzes als solchen betrifft, vielmehr bei vorhandener Kenntnis

---

[13]) Namentlich v. Liszt Lehrbuch 6 A. S. 140, v. Bar, G. S. Bd. 38, S. 270, Auch Binding, l. c. II S. 603 und Oetker, Rechtsirrtum S. 83 setzen den ausserkriminellen dem kriminellen Rechtsirrtum gleich.

[14]) So vor allem v. Bar l. c. S. 278.

[15]) E. IV, Urt. vom 27. V. 1881.

des Angeklagten von der bestehenden Strafnorm sich auf civilrechtliche oder kirchenrechtliche Bestimmungen resp. auf die im einzelnen Falle zutreffenden faktischen Voraussetzungen für Anwendung des Strafgesetzes bezieht, als ein thatsächlicher Irrtum sich darstellen“ [16]).

Auf Grund dieser Betrachtungen gelangt das Reichsgericht zur Freisprechung eines Geistlichen, der zu den religiösen Feierlichkeiten der Eheschliessung in dem irrigen Glauben geschritten war, der gesetzlich erforderliche Nachweis, dass die Ehe vom Standesbeamten bereits geschlossen sei, sei erbracht. Ein freisprechendes Erkenntnis ergeht auch in folgendem Falle [17]):

Der Angeklagte hat sich getäuscht über die Zuständigkeit der die nach § 286 R.St.G.B. erforderliche Erlaubnis zur Veranstaltung einer Lotterie erteilenden Behörde. Er hatte sich an den Bürgermeister seiner Stadt gewandt und von diesem, der in Wahrheit nicht kompetent war, die Erlaubnis bekommen. Die von § 286 geforderte „obrigkeitliche Erlaubnis“ lag also objektiv nicht vor. Die Reichsgerichtsentscheidung billigt dem Angeklagten den Schutz des § 59 R.St.G.B. zu, weil sein Irrtum eine ausserhalb des Strafgesetzes liegende Anordnung der Staatsgewalt, nämlich die die Zuständigkeitsverhältnisse regelnde Verordnung betraf — allerdings ein rechtlicher Irrtum, der sich jedoch, bei Licht besehen, als Thatirrtum im Sinne des § 59 R.St.G.B. herausstellt. Der Thatirrtum ist hier durch eine falsche rechtliche Vorstellung erzeugt, er ist selbst kein Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts, wenigstens ist er als rechtlicher Irrtum ohne selbstständige Wesenheit; dass er Kern eines faktischen Irrtums ist, nur dies verleiht ihm Bedeutung, nur als solcher kommt er in Betracht.

In der mannigfachsten Weise kann sich der error facti manifestieren: In seiner reinsten, unmittelbarsten Gestalt zeigt er sich, wenn er hervorgerufen wird durch Unkenntnis des Geschehenen selbst. Hält sich jemand für den Intestaterben und veräussert den Nachlass, ohne zu wissen, dass ein näherer, ihm unbekannter Verwandter des Verstorbenen berufen ist, so beruht sein Irrtum auf Unkenntnis der Existenz eines

---

[16]) Drenkmann, G.S. Bd. VIII S. 167 hebt hervor, dass auch die Materialien des Preuss.St.G.B. deutlich erkennen lassen, dass, wenn sie von der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums sprechen, sie darunter stets nur den strafrechtlichen Irrtum vorstehen, während sie den ausserstrafrechtlichen unter dem Ausdruck „faktischer Irrtum“ begreifen.

[17]) E. III, S. 49. Urt. 22. X. 1880.

Rivalen, auf dem Nichtwissen eines Faktums: „Furtum non committit“ sagen die Quellen [18]). Der thatsächliche Irrtum kann auch entstehen durch unrichtige Kombination des bekannten Geschehenen, entweder so, dass die fehlerhafte logische Verbindung auf falsche faktische, oder so, dass sie auf falsche rechtliche Schlüsse zurückgeht. Jemand hält sich infolge unrichtiger Auffassung einer testamentarischen Verfügung für den glücklichen Legatar einer Sache und veräussert sie unbedenklich; in der logischen Verbindung der ihm bekannten Thatsachen irrt er vermöge falscher faktischer Folgerungen. Und wer als Testamentserbe die Erbschaft verkauft, weil er die der gesetzlichen Form entbehrende letztwillige Verfügung irrigerweise für gültig erachtet, ist in einem durch falsche juristische Kombination der äusseren Thatsachen entstandenen Irrtum befangen, ebenso wie der Usufruktuar einer ancilla [19]), welcher „partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad usufructuarium pertinet“ diesen partus veräussert: Strafe tritt hier wie dort nicht ein; denn jenem waren die Voraussetzungen eines gültigen Testaments nicht bekannt, diesem war die Regel „partus ancillae in fructu non est“ nicht gegenwärtig.

Wie aber ein faktischer Irrtum vermöge blossen Zufalls mit einem rechtlichen, also einem Thatirrtum der drittbesprochenen Art mitunter zusammenfallen kann, ist ersichtlich aus einem von Osenbrüggen [20]) mitgeteilten Fall:

Die Ortsbewohner bringen einem verdienten Gemeindemitgliede ein Ständchen mit Fackeln, nachdem sie vorher beim Ortsvorstand die Erlaubnis zu diesem Ständchen eingeholt hatten; in der Erlaubnis war aber die Fackelbeleuchtung nicht ausdrücklich erwähnt. So befanden sich die Bringer des Ständchens in einem thatsächlichen Irrtum; ein Irrtum über das objektive Recht wäre dieser Irrtum zugleich gewesen, wenn die Fackelbeleuchtung überhaupt nicht, oder doch nicht vom Ortsvorstand hätte gestattet werden können.

Derartige Fälle zeigen deutlich die Wesensgleichheit des ausserstrafrechtlichen mit dem thatsächlichen Irrtum.

Den Unterschied zwischen dem ausserstrafrechtlichen und dem

---

[18]) l. 37 pr. Dig. de usurp. et usucap. 41,3.

[19]) l. 36. eod.

[20]) l. c. I. S. 50.

strafrechtlichen Irrtum möge ein unserm Lotteriefall scheinbar naheverwandter Fall zum Bewusstsein bringen[21]).

Es handelt sich um die Bestrafung aus dem § 286 R.St.G.B. eines Angeklagten, welcher in dem irrtümlichen Glauben, eine obrigkeitliche Erlaubnis nicht nötig zu haben, die fragliche Lotterie für durchaus zulässig gehalten hatte.

Das Reichsgericht hebt hervor, dass das Strafbarkeitsbewusstsein keineswegs Voraussetzung der Strafe ist und fährt dann fort:

„Es kann aber auch nicht gefordert werden, dass der Thäter sich wenigstens der Rechtswidrigkeit, des Verboten- resp. Unerlaubtseins seiner Handlung bewusst gewesen sein müsse."

Nicht immer ist der rechtliche Irrtum so leicht als ausserstrafrechtlicher, also als thatsächlicher, nicht immer ist er so leicht als strafrechtlicher, also als specifischer Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts zu erkennen wie in den eben behandelten Beispielen.

Folgendes Kriterium eröffnet auch minder deutlichen, minder unzweideutigen Fällen gegenüber den Blick dafür, ob man es mit einem thatsächlichen, den Vorsatz ausschliessenden oder mit einem kriminellen, dem Satze „error iuris nocet" verfallenden, Irrtum zu thun hat:

Kann sich die Rechtsordnung mit der Vorstellung des Thäters identificieren, hätte — seine irrige Auffassung des Sachverhältnisses zu Grunde gelegt — die Wirksamkeit auch vom Standpunkt des objektiven Strafrechts die vom Thäter angenommene rechtliche Bedeutung, dann liegt ein Thatirrtum vor, wie er auch geartet sein möge. Ist es hingegen der Rechtsordnung nicht möglich, die Begriffe des Handelnden sich zu eigen zu machen, würde sie, wenn sie es thäte, sich selber aufgeben, dann ist ein unter keinen Umständen straflosmachender Irrtum gegeben.

Augenfällig tritt dieser wesentliche Unterschied bei der Putativnotwehr an's Licht: A. glaubt sich einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von Seiten des B. ausgesetzt; er kommt dem vermeintlichen Angriff zuvor und streckt den B. zu Boden. A. hat über die thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehrberechtigung geirrt, er entgeht daher der Strafe. Die Rechtsordnung sieht ein, dass, wenn in

[21]) E. II, S. 269. Urt. vom 25. 9. 1880.

Wirklichkeit die objektiven Voraussetzungen der Notwehr vorgelegen hätten, die Handlung des A. straflos wäre[22]).

Anders, wenn A. sich, nachdem ein Angriff des B. schon lange vorüber ist, gegen letzteren wendet, um das nachzuholen, was er zu rechter Zeit versäumt hat. Thut er dies in der Meinung, dazu durchaus berechtigt zu sein, von einer falschen Auffassung des Begriffes der Notwehr, welcher einen in der Vergangenheit liegenden Angriff von sich ausschliesst, geleitet, so befindet er sich in einem Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen der Notwehr, und von diesem Irrtum kann die Rechtsordnung aus leicht begreiflichem Grunde keine Notiz nehmen. Darf und muss sie einerseits dem thatsächlichen Irrtum Konzessionen machen — „cum facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat[23]) —, so darf sie andrerseits die Begriffe, welche sie selber aufgestellt hat, nicht verleugnen, „cum ius finitum et possit esse et debeat".

Ist der Irrtum entsprungen aus einer vom Strafrecht anerkannten rechtlichen Sphäre, ist er, kurz gesagt, rechtlich fundiert, dann schenkt ihm das Strafrecht Beachtung, nur dann haben wir einen ausserstrafrechtlichen, wie der thatsächliche Irrtum wirkenden, Irrtum vor uns:

Der § 341 R. St. G. B. fordert zum Vorsatz das Bewusstsein des Beamten, zur Vornahme der Verhaftung nicht berechtigt zu sein, folglich sichert ihn ein Irrtum über das die Berechtigung zur Verhaftung regelnde Gesetz, dessen Kenntnis vom Strafgesetz zur Bedingung seiner Strafdrohung erhoben ist, vor der Reaktion des Strafrechts[24])[25]). Gleiches gilt für alle dolosen Delikte, deren Thatbestand die Nichtbeobachtung bestehender Gesetze involviert; denn immer erfordert hier der Vorsatz absichtliche Nichtbeobachtung der die Grundlage des Strafgesetzbuchs bildenden Vorschriften.

---

[22]) A. M. v. Liszt l. c. S. 154 Anm. 7: Auch wer im Irrtum über die thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr einen Menschen töte, habe für die Folgen seines Irrtums aufzukommen.

[23]) l. 2 Dig. de iuris et facti igeor. XXII, 6.

[24]) Vergl. Reichsgericht E. VIII, S. 104 Urt. 15. II. 1883.

[25]) Die einzige Garantie gegen die „grenzenlose Indolenz" den Gesetzen gegenüber und die „absichtliche Willkür", welche die Berufung auf dergleichen Irrtum zur Folge haben könnte, sieht Drenkmann, Goltd. Archiv VIII, S. 170, in der Aufstellung einer praesuntio doli, so dass also der Angeklagte jedesmal seinen Irrtum zu beweisen hätte.

Masst sich der Thäter jedoch aus eigener Machtvollkommenheit eine Berechtigung an, greift er sich, so zu sagen, eine ihm passende Befugnis aus der Luft, in dem Glauben, nichts Unrechtes zu thun, so hat die Rechtsordnung allen Grund, ihn in seine Schranken zurückzuweisen.

Dies zeigt z. B. ein in dem hier vertretenen Sinne vom Reichsgericht entschiedener Fall [26]): Es handelt sich um einen bestohlenen Erwachsenen, der einem diebischen Knaben eine Züchtigung angedeihen lässt; er ist der Überzeugung, dazu vollauf berechtigt zu sein und obendrein noch ein erzieherisches Werk zu thun.

Nichtsdestoweniger erklärt ihn das Reichsgericht der vorsätzlichen Körperverletzung für schuldig. Es führt aus, der § 223 R.St.G.B. habe die selbstverständliche Einschränkung, dass die Körperverletzung straflos sei, soweit sie in Ausübung eines dem Angeklagten zustehenden Rechtes erfolge. Angeklagter habe sich aber in der Eigenschaft als Bestohlener ein für dieses Verhältnis dem Strafrecht fremdes Züchtigungsrecht zugeschrieben, ihm komme daher der § 59 R.St.G.B. nicht zu gute.

Der Fall lehrt uns, dass die bona fides des Thäters, sei sie sittlich noch so tief begründet, wenn sie keinen Boden hat in einem zu Recht bestehenden Verhältnisse, vor dem Forum des Strafrechts nichts gilt. Ganz anders hätte der Züchtigende sich irrthümlich für den Lehrer des von ihm gezüchtigten Jungen gehalten; dann läge ein faktischer Irrtum von strafausschliessender Wirkung vor, wenn er auch ein rechtliches Verhältnis betrifft. Denn dieses rechtliche Verhältnis ist vom Strafrecht anerkannt, der Lehrer hat eine Züchtigungsbefugnis.

Lehrreich ist auch der Fall der vier Brauknechte [27]), die mit dem Brauherrn zusammen in den an einen Restaurateur vermieteten Garten eingedrungen sind, um den Mieter auf Geheiss ihres Herrn zu exmittieren. Festgestellt ist, dass der Brauherr selbst, der Vermieter, sich gegen § 123 R.St.G.B. vergangen hat. Es fragt sich nun, wie die vier Knechte zu behandeln sind. Das Reichsgerichtserkenntnis unterscheidet: Es kommt darauf an, ob die Brauknechte in einem Irrtum über die strafrechtliche Qualifikation ihres Treibens gehandelt

[26]) E. IV. S. 98.

[27]) Entschieden vom Reichsgericht E. IV, S. 124. Urt. vom 9. V. 1881.

haben, oder ob sie geglaubt haben, aus eignem Rechte den Garten betreten zu dürfen, einem Rechte, dass sie aus der Person ihres Dienstherrn ableiten zu können meinten. „Im ersten Fall", sagt das Erkenntnis, „kann nach bekannten Grundsätzen kein Zweifel sein, dass ihr Handeln dem § 123 R.St.G.B. unterliegt; im andern Falle sind sie entschuldigt, denn ihr Irrtum betrifft ein Privatrechtsverhältnis, das ausserhalb des Strafgesetzes liegt".

Bevor wir zum Subsumtionsirrtum, einer Unterart des strafrechtlichen Irrtums übergehen, sei noch der Möglichkeit gedacht, dass der Irrtum eine nur scheinbare „ausserhalb des Strafgesetzes" liegende, in Wahrheit zum Inhalte des Strafgesetzes als ein Bestandteil desselben gehörende Norm betrifft:

A. lebt in ehelicher Gemeinschaft mit der Tochter erster Ehe seiner verstorbenen Ehefrau B.[28]) Dem A. war bei Vollziehung des geschlechtlichen Umgangs die Ungültigkeit der mit der Tochter der B. eingegangenen Ehe nicht bekannt, und auf diese Unkenntnis stützt die I. Instanz, gegen deren Urteil Revision eingelegt ist, die Freisprechung des A. vom Vergehen des § 173 R.St.G.B.

Das Reichsgericht konstatiert demgegenüber, dass solche blutschänderischen Konkumbenten, wie der A. und die Tochter der B., trotz voraufgegangener Eheschliessung vor dem Gesetz Ehegatten nicht sind. Wenn der angeklagte A. geglaubt habe, das Gesetz erkenne im § 173 eine rechtsgültige Eheschliessung unter Verschwägerten auf- und absteigender Linie ersten Grades an, und nehme den Beischlaf in solchem Falle von der Strafbarkeit aus, so laufe der von der I. Instanz angenommene Irrtum des A. über das eherechtliche Verbot in einen solchen über das Strafgesetz hinaus. Das eherechtliche Verbot sei integrierender Bestandteil des Strafgesetzes, und seine Unkenntnis oder falsche Auslegung könne ebensowenig wie des Strafgesetzes selbst Entschuldigung finden.[29])

Zu eben dieser falschen Auslegung des gekannten Strafgesetzes selbst, zu dem sogenannten „Subsumtionsirrtum", wie gesagt, einer Unterart des kriminellen error iuris, wenden wir uns nunmehr.

---

[28]) Ein vom Reichsgericht E. V. S. 159 Urt. vom 10. XI. 1881 entschiedener Fall.

[29]) Die Römer dachten milder über den Incest, „si modo incestum per matrimonium illicitum contractum est". (l. 39, § 3 Dig. ad. leg. Int. 48,5.) Von der römischen Auffassung des Incestes wird noch die Rede sein.

Gerade der Subsumtionsirrtum zeugt besonders dafür, wie sehr eine starke Betonung einer unverrückbaren Objektivität der Willkür individueller Einsicht gegenüber am Platze ist.

Ein auf den ersten Blick befremdliches Urteil des Reichsgerichts sei zuerst aufgeführt [30]):

Wegen „Kuppelei" wird eine Frau verurteilt, welche dem Verlobten ihrer Tochter den Beischlaf mit letzterem gestattet hat. Der Einwand der Angeklagten, sie habe sich dabei nicht gedacht, „der Unzucht Vorschub zu leisten," wird mit der Bemerkung, dass ein Irrtum über den von den §§ 180, 181 aufgestellten Begriff „Unzucht" nicht in die Wagschale fallen könne, verworfen. Der Thatbestand des § 181 Abs. 2 R.St.G.B. sei gegeben, die Frau somit für's Zuchthaus reif.

Bedenkt man, dass mit dem Verbrechen des § 181 Abs. 2 R.St.G.B. obligatorischer Ehrverlust verknüpft ist, wird man sich nicht leicht hineinfinden können, dass eine vielleicht sonst ehrbare Person so harter Strafe verfallen muss.

Doch gar häufig kommt es vor, dass der Thatbestand einzelner Verbrechen in der populären Anschauung ein anderer, namentlich engerer, als der von Gesetz und Wissenschaft festgestellte ist; wie es auch im Civilrecht [31]) nichts ungewöhnliches ist, dass neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung herläuft: Juristisch ist in Rom der Vater Eigentümer des von den Hauskindern Erworbenen, „nihil suum habere poterant," ist der Mann Eigentümer der dos; doch volkstümlich war, dort ein gemeinsames Vermögen anzunehmen und in der dos Frauengut zu sehen.

Das Wort „Kuppler" hat im Ohre des Volks einen andern Klang wie in der Gesetzessprache, und daher das Staunen und Kopfschütteln über eine Verurteilung, wenn die Volksvorstellung mit der für den Richter verbindlichen Ansicht nicht homogen ist.

Derselben Differenz zwischen populärer Anschauung und Gesetz begegnen wir beim Diebstahlsbegriff. Dem gemeinen Mann will es nicht einleuchten, dass jemand „Dieb" ist, der ohne jede Bereicherungs-

[30]) E. VIII, S. 1/2 Urt. vom 2. XI. 1882.

[31]) cf. Dernburg, Pandekten I (3. A.) S. 122, Anm. 4.

absicht sein gutes Recht zu verfolgen glaubt[32]), wie jener Gläubiger, welcher der Konkursmasse des Cridars einen dazu gehörigen Wagen entnimmt, um sich daraus für eine ihm zustehende Geldforderung bezahlt zu machen und damit alles andere als einen „Diebstahl" zu begehen meint[33]).

Nicht dass der Dieb meint, er stehle, macht, dass er gestraft wird, sondern dass er stiehlt.

Zeigt das Prinzip der Irrelevanz des Subsumtionsirrtums auch scheinbare Härten, so ist es für die Praxis doch unentbehrlich: Man denke sich einen Sodomiten, dem die strenge Strafbestimmung in Hinsicht auf die unnatürliche Befriedigung der Wollust bekannt ist und der sich damit entschuldigen wollte, er habe nicht eingesehen, dass hierunter auch die von ihm begangene Handlung befasst sei. Drastischer noch ist ein durch Erkenntnis des preusischen Obertribunals[34]) entschiedener Fall:

Angeklagter, welcher durch eine zufällig entstandene Öffnung in ein Gebäude eingestiegen ist, wendet ein, er habe unter den im Gesetze gedachten „zum Eingang nicht bestimmten" Öffnungen nur solche verstanden, welche infolge der Konstruktion des Gebäudes absichtlich angelegt sind. Abgesehen davon, dass der Einbrecher bei der That schwerlich an diese Gesetzesworte gedacht haben, sich wohl bei dem Zufall für die willkommene Gelegenheit bedankt haben wird, lehrt der Einwand: Wollte man solcher Ausflucht Gehör schenken, so hätte der Angeklagte es in seiner Wahl, da, wo ein milderes neben einem strengeren Gesetz in Frage kommt, sich das ihm passende auszusuchen, wenn er nur den Schein wahrt, als verstünde er sich schlecht auf die Lösung juristischer Probleme[35]). —

Das Resultat dieses und des vorigen Paragraphen sei dahin zusammengefasst:

Das subjektive Dafürhalten des Thäters, sein eigenes Meinen

[32]) Vergl. hierzu in Dernburg's Vortrag „Die Phantasie im Recht" die Bemerkungen über Diebstahl, Betrug, Unterschlagung. D's. Auffassung — er fordert „diebische" Absicht beim Dieb — stimmt mit der Volksanschauung überein, nicht aber mit dem Wortlaut des Gesetzes, der für den Richter massgebend sein muss.

[33]) Vergl. die Ausführungen des Reichsgerichts, E. IV, S. 124, Urt. vom 6. V. 1881.

[34]) Erkenntnis vom 17. II. 1859.

[35]) A. M. über den Subsumtionsirrtum ist Savigny, System III, S. 337/38. Er sieht in ihm einen faktischen Irrtum.

darüber, ob seine Handlung eine Reaktion des Strafrechts nach sich ziehe, hat nicht den geringsten Einfluss auf das mit objektiver Notwendigkeit gegebene Verhältnis des Strafrechts zu dieser Handlung. Das aus dem Wesen der „Handlung" folgende „Recht des Wissens" aussert sich für das Strafrecht darin, dass ein thatsächlicher Irrtum die Strafe ausschliesst. Der thatsächliche Irrtum kann, wie gezeigt, auch als rechtlicher Irrtum auftreten. Der rechtliche Irrtum gilt aber in den Augen des Strafrechts nur soweit als faktischer, als er eine ausserhalb des Strafrechts liegende Norm betrifft. Stellt sich der Irrtum dar als strafrechtlicher, sofort tritt der Satz in seine Rechte, dessen tieferem Sinn und Bedeutung die Betrachtung des folgenden Paragraphen gewidmet ist.

§ 5.

Der Satz: Error (ignorantia) iuris nocet.

Welche innere Begründung hat dieser Satz, der in radikaler Kürze ein hartes Prinzip aussprechend, ein Grundpfeiler der staatlichen Sicherheit ist?

So anerkennenswert das Bestreben ist, dem Individuum nicht zu nahe zu treten, jede noch so geringe materielle Ungerechtigkeit zu vermeiden, so scheint uns doch jene Theorie, welche das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit für den strafrechtlichen Vorsatz als begriffswesentlich hinstellt, zum Prinzip erhoben, nicht geeignet zu sein, den Staat, wie Ihering sagt, vor der „Todsünde einer Staatsgewalt ohne Gewalt" zu bewahren.

Aber nicht nur aus Utilitätsrücksichten ist der Satz „ignorantia iuris nocet" eine Notwendigkeit. Aus dem Wesen des Verbrechens selbst sowie aus dem Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafsatzung folgt, dass es unangebracht ist, dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit für die Zurechnungsfrage massgebende Bedeutung beizulegen.

Klar ist, dass das Strafgesetz nicht Selbstzweck ist, vielmehr dazu bestimmt ist, äusserlich als Markstein anzudeuten, wo der Staat die Grenze zwischen Civilunrecht und strafbarem Unrecht zieht, eine Grenze, die im Laufe der Zeiten beständigem Wechsel unterliegt. Der Begriff des Verbrechens setzt ein vorhergegangenes Gesetz nicht voraus, wie Feuerbachs psychologische Zwangstheorie, von der weiter unten noch zu reden ist, irrtümlich annimmt.

Die Definition des Verbrechens als einer vom Staate gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung ist rein formaler Art, sie giebt nur das äussere Merkmal des Verbrechens an, nicht aber, was es im Grunde, was es seinem Wesen nach ist, nämlich die von Seiten der Gesetzgebung nur durch Strafe abzuwehrende Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft [1] [2]). Die Strafe ist demnach eine notwendige Reaktion des gereizten Selbsterhaltungstriebes der Gesellschaft wie die Rache, die Vorläuferin der Strafe, der natürliche Ausfluss des Strebens nach Selbstbehauptung des Individuums und der Rasse ist. Die Strafe ist an und für sich gerechte Folge des Verbrechens; zur Begründung der Gerechtigkeit der Strafe bedarf es nicht erst der zwischen Verbrechen und Strafe tretenden Androhung des Strafübels. Der Satz „nulla poena sine lege" bedeutet nicht, dass die positive Satzung Quelle des staatlichen Straf-Rechtes sei, dass die heiligste Pflicht des Staates, zu strafen, ihren letzten Grund in der geschriebenen lex habe. [3]) Es ist nichts weiter als die Forderung eines geordneten Rechtszustandes, eine notwendige Garantie der Rechtssicherheit. Im Civilrecht entspricht ihm der Satz, dass die Gesetze in dubio keine rückwirkende Kraft haben. Vor der Publikation des Strafgesetzes darf nicht gestraft werden, damit niemand richterlicher Willkür zum Opfer falle. Die Verbindlichkeit des Strafgesetzes ist also nicht bedingt durch die wirkliche Kenntnis desselben seitens des Handelnden, sondern diese Verbindlichkeit wird lediglich durch die ordentliche Publikation und die dadurch gebotene Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Gesetzes bedingt. Dass Rechtsirrtum und Rechtsunwissenheit die Strafbarkeit der verbrecherischen Handlung nicht aufheben können, hat seinen Grund nicht in der rechtlichen Vermutung, ein jeder kenne das Gesetz — eine Vermutung, die weiter nichts ist als leere Fiktion — sondern, wie gesagt, im Wesen des Verbrechens.

Wer eine Handlung begeht, welche ein Verbrechen enthält, tastet schon damit die an sich zu Recht bestehenden Güter an, gefährdet,

---

[1]) cf. Ihering, Zweck I, S. 490. 3 A.

[2]) Die C. C. C. spricht daher von „Missthaten" anstatt von „Strafthaten".

[3]) Davon ausgehend, dass die lex die materielle Rechtfertigung der Strafe nicht enthalte, tritt Oerstedt, über die Grundregeln des Strafrechts § 15, für Bestrafung vor der Publikation des Gesetzes ein, wenn der Verbrecher sich der Rechtswidrigkeit bewusst war. Auch der analogia iuris giebt Oerstedt im Hinblick auf die wahre Bedeutung der Strafsatzung Raum.

verletzt schon damit die Lebensinteressen des Staates, kehrt schon damit seinen Willen gegen die objektive Rechtsordnung.

Binding[4]) stellt den Satz auf:

„Wer die Rechtwidrigkeit der Handlung nicht gekannt hat, der beweist wenigstens für diese seine That, dass er den Gesetzen nicht wissentlich den Krieg erklären wollte". — Als wäre die wissentliche Kriegserklärung gegen die Gesetze Voraussetzung für die Reaktion der Rechtsordnung gegen die wissentlich geschehene Verletzung der Rechtsgüter! Denn auf die wissentliche Verletzung dieser Rechtsgüter kommt es allein an; sie macht die Handlung zum „Verbrechen", und nicht die wissentliche Übertretung der diese Verletzung poenalisierenden Gesetze, wie dies die Auffassung des eben citierten Binding'schen Satzes ist, aus dem die das Verbrechen im bewussten Ungehorsam gegen die Norm sehende Normtheorie deutlich herausklingt.

Durchaus unrichtig ist es, dass wie dies auch von andrer Seite [5]) behauptet wird, welche u. E. die Gesinnung, die bona fides überhaupt zu laut betont, durchaus unrichtig ist es, dass eine unbewusste Rechtswidrigkeit keine Feindseligkeit gegen die Rechtsordnung enthalte. Ob ihr etwas entgegen, feindselig sei, entscheidet allein die Rechtsordnung selber. Ist es doch jedem Individuum unbenommen, denjenigen, welchen es seinen Bestrebungen entgegen weiss, als seinen Feind zu behandeln, ob sich nun jener der bestehenden Gegnerschaft bewusst ist oder nicht. Ebenso zu denken, hat die Rechtsordnung das Recht und gegen sich selbst die Pflicht.

Noch auf anderen Wege sucht man den Satz „ignorantia iuris nocet" zu Falle zu bringen:

Davon ausgehend, dass das eigentliche Feld der ignorantia iuris das Gebiet der Polizeidelikte ist, macht man auf gegnerischer Seite geltend, dass gerade hier Unbekanntschaft mit dem Gesetz die Fürsprache der Verzeihlichkeit habe, da die Gebote und Verbote der polizeilichen Satzungen, Rechtscharakter allein durch die positive Vorschrift erhaltend, keinen Widerhall im „Rechtsgefühl" des Volkes hätten, somit ein „Schuldbewusstsein" bei ihrer Übertretung gar nicht

---

[4]) l. c. II. S. 117.

[5]) Ortloff, die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung S. 44.

aufkommen könne, wie bei jenen Verbrechen, die als solche in Fleisch und Blut des Volkes übergegangen seien.

Demgegenüber sei darauf hingewiesen, dass es gerade bei den polizeilichen Satzungen darauf ankommt, die Interessen des allgemeinen Wohls gegen die an sich nicht rechtswidrige Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit des Einzelnen zu schützen. Der vom Bedürfniss einer gedeihlichen Coexistenz der Gesellschaft dringend gebotene Ordnungszweck der polizeilichen Gesetze, er würde vereitelt werden, wenn die Unachtsamkeit auf die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen genügenden Entschuldigungsgrund für die ungesetzliche Handlung bilden sollte.

Der Einwand, die polizeilichen Satzungen ständen mit den übrigen Strafgesetzen nicht auf gleicher Stufe, weil bei ihnen die Anknüpfung an das Rechtsgefühl fehle und von „Schuld" keine Rede sein könne, wenn der Thäter die Existenz des von ihm übertretenen Gebots oder Verbots nicht kannte, hat scheinbare Berechtigung, aber auch nur scheinbare.

Wir halten es für angezeigt, an dieser Stelle die Begriffe „Schuld," „Rechtsgefühl" auf ihren wahren Wert für die strafrechtliche Zurechnung der Handlung zurückzuführen; dann wird sich entscheiden lassen, ob sich denn in Wirklichkeit auf den gegnerischen Einwand eine Verurteilung des Satzes „ignorantia iuris nocet" gründen lässt.

Sittliches Werturteil will die Strafe nicht sein! Schon oben (pag. 41) hoben wir hervor, dass sie im Grunde ein Ausfluss des gesellschaftlichen Selbsterhaltungstriebes ist. In der Urgeschichte aller Völker — dies lehrt die vergleichende Rechtswissenschaft — tritt die Strafe in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt auf: als eine mit der Unerbittlichkeit des Naturgesetzes wirkende Reaktion gegen die von aussen kommende Störung eines genossenschaftlichen Organismus.

Während späterhin der menschliche Wille die Achse des ganzen Strafrechts ist, d. h. niemals Strafe verhängt wird, wenn er nicht im Spiele, wenn keine Verantwortlichkeit vorhanden ist, giebt es im ursprünglichen Strafrecht keine Handlungen, sondern ausschliesslich Ereignisse: Gegen das Tier, gegen das Kind, gegen den Wahnsinnigen richtet sich die Strafe. Auch wer zufällig Blut vergiesst, entgeht der Strafe nicht; das in der Hand des Mannes ruhende Eisen, an dem sich ein andrer beschädigt, die Grube, drein jemand fällt, wird, gleichsam lebendig handelnd gedacht, zur Rechenschaft gezogen, wie das Kind

den „bösen" Tisch, an dem es sich gestossen hat, dafür schlägt, der Hund nach dem Stein beisst, der ihm im Wege liegt. In unserm heutigen Sprachgebrauch erinnert noch daran, dass „schuld sein" ursprünglich ohne jedweden sittlichen Beigeschmack gebraucht ist und lediglich die äussere Kausalität ausdrückt, wenn wir von leblosen Gegenständen sagen, sie seien an irgend einem Erfolge „schuld".

In der That drückt sich im Bewusstsein der strafenden Gewalt die längste Zeit hindurch nichts davon aus, dass man einem „Schuldigen" im Sinne eines moralisch Unwerten den verdienten Lohn geben wolle. Vielmehr sah man in dem Gestraften lediglich den Schaden-Anstifter, der unschädlich gemacht werden musste, das Glied, das weggeschnitten werden musste, um den Leib des gesellschaftlichen Organismus lebenskräftig zu erhalten. Und der, den die Strafe ereilte, fühlte sich nicht etwa zerknirscht in Reue über seine „Schuld", — ihm war's zu Mute wie beim Eintritt eines unvorhergesehenen Naturereignisses, dessen Übermacht gegenüber nichts andres angebracht ist als Resignation.

Ob der Thäter mit dem Bewusstsein der Verwerflichkeit seiner Handlung gehandelt hatte, danach wurde nicht gefragt und konnte gar nicht gefragt werden in einer Zeit, wo die Menschen noch nicht die Pforte durchschritten hatten, über der geschrieben stand: Ihr werdet erkennen, was Gut und Böse ist — als die Menschen noch „jenseits von Gut und Böse" waren.

Erst durch die Strafe lernten sie diese Begriffe kennen; erst musste sich eine Gewalt erheben, die da sagte: Dies dürft ihr thun, dies müsst ihr lassen. Jener harmlose Zustand, der keine Scham kannte, dem das Feigenblatt noch fehlte, wo es keinen „Anstand", keine „Moralität" gab, wo jeder Einzelne nichts als Egoist war wie das neugeborene Kind, das nur einen Trieb fühlt: seinen Hunger zu stillen — jener völlig kindliche Zustand nimmt plötzlich ein Ende. Eine übermächtige Gewalt, gegen die es keinen Widerstand giebt, schreckt den Menschen aus der Unbefangenheit seines tierischen Daseins auf, vertreibt ihn aus dem Paradiese der Unschuld, macht den Menschen erst zum Menschen, indem sie ihm einimpft, was Gut, was Böse ist, und bereitet den Boden, auf dem ein bis dahin ungekanntes Kraut emporspriesst — das schlechte Gewissen.

Rache, Mitleid, Hass, Liebe, Mord erhalten einen andern Klang als sie ehedem hatten: Eine lobende oder tadelnde Nebenbedeutung heftet sich an sie, verschmilzt mit ihnen so eng, dass sie bald nicht

mehr abzutrennen ist[6]). Was vordem nur natürlich war: die intensivste Bejahung des eignen Willens zum Leben allem andern, was daneben lebte, leben wollte, zu Trotz und Feindschaft, dieses sich nach Möglichkeit Ausleben, es wird mit einem Mal zur „Sünde", zum Verbrechen, zur „Schuld."

Die Strafe ist es, welche den Keim zur höchsten Sittlichkeit, deren der Mensch fähig ist, legt, indem sie die Bejahung des eignen Willens auf Kosten der andern, unterdrückt und so die Brücke schlägt zum Ideal des Altruismus: Denn von der Nicht-Bejahung des eignen Willens zum Schaden anderer, bis zur Verneinung des eignen Willens dem Mitmenschen zuliebe, bis zur „Selbstaufopferung" ist der Weg nicht mehr weit. —

Die Strafe hat, sahen wir, den Begriff der Schuld geschaffen: nicht aber umgekehrt ist die Strafe — deren Ursprung mit der Ethik nichts zu thun hat[7]) — aus dem Streben entsprungen, eine Schuld zu sühnen, gegen die Gesinnung zu reagieren, die mala fides zu richten; denn dann hätte sie vor der bona fides, welche in der Urzeit der allgemeine Zustand war, ihr Schwert in die Scheide stecken müssen.

Die Bedeutung des mit der Macht des sinnlichen Eindrucks wirkenden Faktums für das Rechtsleben heisst es verkennen, wenn man den Schwerpunkt in die Gesinnung verlegt.

Der Satz des Ulpian: „Cogitationis nemo poenam patitur" besagt, dass erst mit der That die Sphäre des Rechtes beginne. Er besagt, dass mit der Gesinnung das Strafrecht eigentlich nichts zu schaffen habe.

Die That wird nicht gestraft als Ausdruck einer an sich schon rechtswidrigen Gesinnung, als Offenbarung eines an sich bereits dem Kriminalrichter verfallenen psychischen Vorganges — gestraft wird das sinnlich in die Erscheinung getretene Willensprodukt als solches. Ausschliesslich an dieses hat sich das Strafrecht bei der Zurechnungsfrage zu halten. Die moralische Schuld darf bei der Zurechnungsfrage nicht in's Gewicht fallen.

Abgesehen davon, dass der strafende Staat um das „forum internum" sich nicht kümmert, lässt sich auch die Grenze zwischen

---

[6]) Vergl. Paul Rée, Die Entstehung des Gewissens. Buch II, Abschnitt I.

[7]) Hierzu vergl. v. Liszt, Zeitschr. für d. ges. Strafrechte. B. 3, S. 1 ff., Der Zweckgedanke im Strafrecht.

sittlicher Schuld und Entschuldbarkeit schwer fixieren. Der Moralis — und je schwerer das Verbrechen ist, desto eher wird er dazu neigen — hat gar häufig eine Apologie für den Verbrecher bereit: die Handlung sei auf den Einfluss verderblicher Erziehung, böser Gesellschaft u. s. w. zurückführen — ihm selbst, dem Verbrecher, könne die That nicht „zugerechnet" werden. Der Richter darf sich nicht leiten lassen von dem Satze „tout comprendre, c'est tout pardonner", wenn er darüber entscheiden soll, ob „schuldig", oder „nichtschuldig". Gleichsam wie ein schlechter Arzt muss der Richter auf das Symptom selbst hin kurieren, ignorieren muss er die „Vorfabel", die Entstehungsgeschichte des Verbrechens, wenn er sich vor die Zurechnungsfrage gestellt sieht.

Bei der Ausmessung der Strafe darf und muss der Richter allerdings die näheren Umstände der Entstehung des vorliegenden Deliktes berücksichtigen, hier kann er die Entschuldbarkeit des Verbrechens, die Verzeihlichkeit eines Rechtsirrtums in Anschlag bringen da, wo das Gesetz Spielraum hierzu gewährt[8]). Aber dies liegt auf einem andern Felde! Nicht entschieden genug kann betont werden, dass die Zurechnungs- von der Strafabmessungsfrage streng zu scheiden ist. Es verhält sich hiermit analog wie mit der Schadensersatzfrage im Civilrecht:

Ob gestraft wird, ob Ersatz zu leisten ist, ist eine Frage für sich. Eine andere Frage ist das Wieviel, und hierauf hat die bona fides in erheblichem Masse Einfluss, hier kommt der „innere Mensch" zu Worte. Wie das Mass des Schadenersatzes für den bonae fidei possessor und den malae fidei possessor ein verschiedenes ist, ersterer bei Herausgabe der Früchte besser gestellt ist als letzterer, so wird das Strafübel nach der Intensität der Schuld bemessen. Fest muss jedoch stehen: Der Eigentümer kann die ihm gehörige Sache vom bonae fidei possessor vindizieren so gut wie vom malae fidei possessor — herausgeben müssen die Sache beide und der in einem Rechtsirrtum Befangene leidet seine Strafe so gut wie der bewusst Rechtsfeindliche. Ebensowenig wie die bonae fidei possessio das Eigentum als solches in Frage stellen kann, ebensowenig kann noch so grosse Entschuldbarkeit

[8]) Aus kriminalpolitischen Gründen kann u. U. sogar völlige Straflosigkeit eintreten. Aber mit der Straflosigkeit ist die Zurechnungsfrage hier nicht verneint! Einen Anspruch auf Freisprechung hat der Thäter in keinem Falle, wenn die objektiv strafbare Handlung auf seinen Willen zurückführbar ist.

der Handlung von allgemein menschlichem Standpunkte aus das staatliche Straf-Recht in Frage stellen: Hier wie dort muss die bona fides angesichts der objektiven Realität weichen.

Auf das Fehlen der „Schuld“ im Sinne moralischen Vorwurfs lässt sich — zu diesem Resultate sind wir gelangt — der Anspruch des Wegfalls der Strafe nicht stützen. Ebensowenig ist aber die Ursache der mangelnden „Schuld“, nämlich die Apathie des „Rechtsgefühls“ dazu angethan, dem Satze „ignorantia iuris nocet“ irgend welchen Abbruch zu thun.

Gerade wie das Gewissen, ist auch das Rechtsgefühl kein a priori-Begriff, vielmehr gleichfalls etwas historisch Gewordenes, im Flusse der historischen Entwicklung Stehendes. Die Rechtsvergleichung lehrt uns, dass zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkerschaften das Heterogenste Recht sein kann. Wie der musikalische Sinn der Völker sehr verschieden ausgebildet ist, in den verschiedenartigsten musikalischen Instrumenten seinen Ausdruck gefunden hat, so variiert auch die Idee von Recht und Gerechtigkeit gar sehr, soweit nicht die überall auftretenden elementaren Bedürfnisse des Lebens die nämlichen Rechtsgebilde gezeitigt haben.

Unmöglich kann man die bestehenden Strafbestimmungen aus dem Rechtsgefühl der Individuen heraus rechtfertigen. Denn das Primäre sind die Strafsatzungen, während das „Rechtsgefühl“ nichts ist als der ethische Niederschlag der ins Bewusstsein des Volkes allmählich eingedrungenen Normen, welche die zu Sieg und Herrschaft gelangte Gewalt gesetzt hat. Mit Recht sagt Ihering[9]): „Das Bild von der Entwicklungsgeschichte des Rechts, wie diejenigen es sich vorstellen, die in dem Rechtsgefühl und dem sittlichen Gedanken die Quelle aller Normen suchen, ist nichts als eine Projektion unserer heutigen Ideen in die Vergangenheit.“ Auf solch ideale Basis geht der Ursprung des Rechts keineswegs zurück; vielmehr ist das Recht ein Produkt der Notwendigkeit oder richtiger der Not:[10]) Die Grundtendenz aller Rechtssätze ist die Selbsterhaltung und Entwicklung der über dem Einzelmenschen stehenden organischen Gebilde. Vom Standpunkt des Einzelnen aus betrachtet, kann das Recht daher nur selten vernünftig und moralisch sein und, wenn es das nicht ist, entspricht es eben nicht seinem „Rechts-

---

[9]) Zweck I, S. 247.

[10]) cf. Post, l. c. S. 24 f.

gefühl.“ Nicht nur fremden, uns ferner liegenden Rechten gegenüber kommt das Rechtsgefühl nicht auf seine Rechnung: ein Kind, welches zu seinem Vater in gar keinem Verhältniss steht, ein Neffe, der seinen Onkel mütterlicherseits beerbt, sind Dinge, welche mit dem Massstabe unserer Vernunft und unserer Rechtsanschauung gemessen, baare Unvernunft sind, die aber doch bei vielen Naturvölkern zu Recht bestehen und dort für ganz selbstverständlich gelten, gerade so wie wir uns aus dem Vaterrecht nicht herauszudenken vermögen; die als heiliges Rechtsinstitut vielfach bestehende Geschwisterehe ist für den Europäer im höchsten Grade unmoralisch, „Blutschande“ — nicht nur von solchen Rechtserscheinungen, wie gesagt, ist das Rechtsgefühl des Individuums abgestossen, auch im eigenen Rechte fühlt es sich nicht immer heimisch.

Wir wollen nicht verkennen, dass ein Gesetz seinen Zweck erst dann erfüllt, wenn es im Einklang steht mit den allgemeinen, durchschnittlichen Vorstellungen von Vernunft und Moral — denn aus seinem Vernunftideal und seinem Moralbegriff setzt sich das Rechtsgefühl eines Volkes zusammen —, wir verkennen nicht, dass heute der Staat im Rechtsgefühl seiner Unterthanen einen mächtigen Verbündeten besitzt, ja, dass die Harmonie zwischen Gesetz und Rechtsgefühl notwendige Voraussetzung für eine gedeihliche Fortentwicklung des Rechtes ist. Aber gerade hierdurch sollte sich der Staat bestimmt sehen, darauf zu dringen, dass diejenigen Satzungen, welche noch nicht im allgemeinen Rechtsgefühle liegen, deren Beobachtung er jedoch hohe Bedeutung beimisst — die Bestimmungen des Dynamitgesetzes[11]), z. B. mit den Augen des einzelnen biederen Unterthanen betrachtet sind unerhört drakonisch, im Interesse der allgemeinen Sicherheit sind sie gebotene Notwendigkeit — dass auch diese rein positiven Satzungen in das Rechtsbewusstsein des Volkes übergehen. Was Rosshirt[12]) als den „höchsten Zweck der Jurisprudenz“ bezeichnet: „die Vermittlung des materiellen, d. i. im Gefühle aller und im Verstande der Rechtsverständigen lebenden Rechts mit dem formellen, d. i. dem durch allgemeine Vorschriften entstandenen Recht“, dazu kann eine konsequente Praxis viel beitragen. Nur so wird sich die Erkenntnis Bahn brechen,

---

[11]) Das Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884.

[12]) Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts S. 36.

dass man dem Staat als dem Träger des Gesamtwillens immer den gleichen Respekt schuldet, ob es sich nun handele um die Strafsatzung, welche den Mord verpönt, oder um das Verbot des zu schnellen Reitens und Fahrens.

§ 360 Abs. 10 des Deutschen St.G.B. lautet: „Mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte."

Der Gesetzgeber ruft hier eine rein menschliche Pflicht mit dem Nachdruck einer Strafbestimmung ins Gewissen: er wendet sich gegen den kalten Egoismus, der zu bequem ist, seine Ruhe dem Ernste fremden Unglücks zu opfern.

Noch ferner als die elementare Pflicht der Nächstenliebe liegt dem Durchschnittsbewustsein eine humane Behandlung des Tieres: Ihm will es nicht einleuchten, dass das Tier ein lebendes Wesen mit Lust- und Schmerzgefühl, gerade wie der Mensch auch ist, und dass das Recht des Menschen über das Tier da eine Grenze hat, wo sein Bedürfnis und Interesse aufhört und die Bosheit anfängt, welche ihre Befriedigung darin findet, die von der Natur erhaltene Überlegenheit schändlich zu missbrauchen, „tierischer selbst als das Tier" zu sein. Unser R.St.G.B. leiht dem Tier keinen absoluten Schutz, es schützt das Tier nicht um seiner selbst willen, bloss das „Ärgernis", dass bei fühlenden Menschen durch „boshaftes Quälen" oder „rohes Misshandeln" erregt wird, ist strafbar (§ 360, Abs. 13). Der Staat hat es in der Hand, durch eine konsequente Praxis den Weg für eine der Zukunft vorbehaltene Gesetzgebung zu ebnen, in deren Augen die Tierquälerei als solche Unrecht ist. Hat doch auch der Sklavenschutz in Rom erst allmählich Rechtsboden gewonnen, bis schliesslich das Vorurteil der Rechtlosigkeit und der Sachqualität der Sklaven „quasi nec personam habentium" völlig schwand.

Die beiden soeben aus dem Gebiete der Polizeidelikte angeführten Beispiele zeigen, dass der Staat als Förderer höherer Ideen, als Träger des Kulturfortschritts, nur dann auf die Verwirklichung seiner Ideale rechnen kann, wenn er unbekümmert um die Gesetzesurkunde seiner Unterthanen sein erzieherisches Werk übt.

Es liegt auf der Hand, dass das Recht als Produkt höherer Einsicht, als der Ausdruck des über dem Einzelwillen erhabenen Allge-

meinwillens ganz unabhängig vom Gefühls- und Verstandesleben der Individuen dasteht, dass das sittliche sowenig wie das rechtliche Urteil des Individuums das Forum sein kann, vor dem sich der objektive Rechtssatz zu rechtfertigen hätte. Damit fallen die Theorien, welche zum Begriff des kriminellen Vorsatzes das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, Strafwürdigkeit, Staatswidrigkeit u. s. w. erfordern. Es sind dies Versuche, welche dem achtungswerten Bestreben entsprungen sind, die Schroffheit des Satzes, „ignorantia iuris nocet" zu mildern, zwischen der Rücksicht auf das Interesse des grossen Ganzen und der „Humanität" gegen das Individuum das Gleichgewicht zu halten und zu vermitteln. Man meint, wenn der Thäter auch nicht gewusst zu haben brauche, dass er der positiven Satzung entgegenhandele, so müsse er sich doch wenigstens gesagt haben, dass seine Handlungsweise eine pflichtwidrige, strafwürdige, staatswidrige sei.

Allen diesen Theorien kann ebenfalls nicht der Vorwurf erspart werden, welcher die das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Postulat des Vorsatzbegriffes aufstellende Theorie trifft, der Vorwurf, dass es das Autoritätsverhältnis auf den Kopf stellen heisst, wenn man das, was der Staat ein für allemal als seinen Willen erklärt hat, der Begutachtung und Kritik des Individuums anheimgiebt, so zwar, dass die Funktionskraft der vom Staate gesetzten Norm dadurch bedingt ist, dass der einzelne Unterthan dazu ja sagt — ganz gleich, von welchem Standpunkt aus dieses Ja gesprochen sein soll.

Zu welchen Konsequenzen muss es führen, wenn man das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Mittelpunkt der Lehre vom kriminellen Vorsatz macht! Von vornherein bestechend ist, dass der Gedanke an Recht und Gesetz nur dem Juristen nahe liegt, kein populärer ist, dass hingegen das Pflichtbewusstsein Gemeingut aller ist. Die Pflicht ist aber ein Kind der Moral: So gelangt man zur Straflosigkeit, wenn der Thäter ein falsches d. h. mit der Strafsatzung nicht korrespondierendes Moralgefühl hatte. Eine solche Diskrezanz aber zwischen Strafgesetz und individuellem Pflichtbegriff kann leicht vorkommen, da ja, wie wir bereits hervorgehoben haben, das Recht im Grunde mit der Moral nichts zu thun hat. Um Post, dem glänzenden Vertreter dieses Gedankens, noch einmal das Wort zu gönnen: [13])

[13]) l. c. S. 27.

„Der Gegensatz zwischen Moral und Recht liegt darin, dass das Sittengesetz, welches den Einzelnen beherrscht, auf der Gesamtheit der Motive beruht, die aus der Stellung des Menschen in der Welt und zu allen kosmischen Organismen, in deren höheres Leben er mit verflochten ist, entspringen, während das Rechtsgesetz seine Basis lediglich in der Friedensgenossenschaft oder dem Staate hat, welchem der Einzelne angehört."

Sehr schwer auch lässt sich eine That moralisch richtig beurteilen. In Fällen, wo Moral und Recht sich nicht decken, wie bei den Verbrechen *κατ' ἐξοχήν*, versagt der absolute Massstab: z. B. den mannigfaltigen Erscheinungen der unberechtigten Selbsthilfe gegenüber, wo der Gedanke des „Kampfes um's Recht" mitunter von mächtigem Einflusse ist. Vom moralischen Standpunkt aus ist man schliesslich gezwungen, für die Straflosigkeit des Schwärmers, welcher aus „Pflichtbewusstsein" sich berufen fühlt, höhere Ideen des Rechts zu verwirklichen, einzutreten.[14]) Doch wir brauchen nicht auf die extremsten Konsequenzen einzugehen — man könnte uns vorhalten, dass in dem Bewusstsein, gegen das bestehende Recht zu verstossen, gleichzeitig das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit liege, demnach von Straflosigkeit nicht die Rede sein könne, wiewohl man, wenn man einmal die Moral zum Massstab für die kriminelle Beurteilung einer Handlung erhebt, konsequenterweise auch das Pflichtbewusstsein, welches sich über das geschriebene Gesetzeswort hinwegsetzt, anerkennen müsste, ihm ausschlaggebende Stimmen geben müsste.

Nehmen wir folgenden Fall an: Jemand lässt nichts unversucht, seinen Freund, der ein Verbrechen begangen hat, der staatlichen Strafverfolgung zu entziehen, fest überzeugt, im heiligen Dienste der Freundschaft ein sittliches Werk zu thun. So durchdrungen ist er davon, dass ihm seine eigene Schuld gar nicht ins Bewusstsein tritt. Soll er straflos ausgehen?

Dass der Gesetzgeber derartigen rein menschlichen Regungen, wo er es für angemessen hält, seinen Tribut zollt, beweist § 267, Abs. 2 R.St.G.B., wo es heisst: „Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe

[14]) In der That ist Oetker S. 77 l. c. für den das Bewusstsein der Normwidrigkeit mit dem der Pflichtwidrigkeit fast zusammenfällt, der Ansicht, dass Rechtswahn die Strafe ebenso ausschliessen müsse wie der Irrtum über die Norm.

dem Thäter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen."

Mag der Bruder ein noch so schlechtes Gewissen haben, indem er den Bruder dem Häscherarm entrückt, sei er noch so beschämt über die unerwartete Gnade des Staates — das vom Strafgesetzgeber zu seinem Gunsten aufgestellte Privileg kommt ihm zu gute mit eben der Notwendigkeit, mit welcher der Freund der Strafe verfällt.

Wer im Gebiete des Civilrechts eine Sache rechtmässig, d. h. im Einklang mit den gesetzlichen, von der Rechtsordnung für den Eigentumserwerb unzweideutig ausgesprochenen Anforderungen erlangt, wird ihr Eigentümer, auch wenn er sich infolge rechtlichen Irrtums für den Nichteigentümer hält — wie andrerseits die Redlichkeit des Eigentumserwerbes die mangelnde Rechtmässigkeit nicht zu ersetzen vermag.

Abgesehen davon, dass sich im Putativdelikt nicht notwendig ein zu Rechtsverletzungen geneigter Wille, somit eine gefährliche Handlung kund giebt, vielmehr ebensowohl die Skrupulosität hier die wunderlichsten Blüten treibt, deren Harmlosigkeit den Staat nicht bedroht, wäre es, wie jedermann einsieht, pures Unrecht, wollte der Staat seinem aller Welt offenkundigen Vorsatze in casu untreu werden und da strafen, wo er erklärt hat, nicht strafen zu wollen.

Die Behandlung des Putativdelikts findet ihre logische Ergänzung in der Behandlung des wirklichen Delikts: hier wie dort ist Richtschnur der Satz „Plus est in re quam in existimatione mentis". Wie der Staat nicht straft, wo er es nicht für nötig befindet, so ist andererseits an dem Grundsatz festzuhalten, dass er, wenn er einmal erklärt hat, auf eine Handlung mit Strafe reagieren zu wollen, dann auch im konkreten Falle mit Strafe darauf reagieren muss, ohne sich durch ein an sich noch so achtbares Pflichtbewusstsein des Thäters beirren zu lassen. Ein für allemal ergiebt sich hieraus die Stellungnahme des Staates bei einem Konflikt zwischen den Anschauungen der „Gesellschaft" und des von ihm gesetzten Rechts. Denn wollte der Staat nachgeben, wenn die ihm entgegenarbeitende Pflicht in der Brust des Thäters obgesiegt hat, würde er seine Existenz in Frage ziehen, sich der Revolution, die, wie Dahlmann[15]) sagt, ihre flache Wurzel im Verstande hat, auf der Stelle auszuliefern.

Die Köpfe der Menschen würden nichts angelegentlicheres zu

[15]) Politik S. 203.

thun haben, als sich tragische Konflikte auszudenken, aus denen das eigene Ich, wenn auch von der Übermacht des Staates besiegt, doch mit heroischem Selbstbewusstsein hervorgeht. Das Gebahren der Anarchisten auf dem Schaffot beweist, dass diese Schwärmer alles andere als ein pflichtwidriges Leben zu beschliessen glauben. Doch auch jenem kleinen alltäglichen Märtyrertum, welches Hegel [16]) treffend dahin charakterisiert, dass eine höchst geringe Verstandesbildung dazu ausreiche, um für jede Handlung eine positive Seite und damit einen guten Grund und Absicht herauszufinden, auch ihm hat der Staat durchaus keine Veranlassung irgend welche Konzessionen zu machen. Die Früchte eines perversen Pflichtbewusstseins unstät ausreifen zu lassen, sollte gerade in einer Zeit unangebracht erscheinen, in der, wie Bekker in seiner „Theorie des Strafrechts" [17]) bemerkt, die Achtung vor dem Individuum so hoch aufgegipfelt ist, dass sie bald sich zu überschlagen besorgen mag.

Bekker selbst macht zum Kern der kriminellen Schuld das Bewusstsein der Staatswidrigkeit. Dieses Postulat wiederum bringt in seiner Konsequenz den Staat in Abhängigkeit von dem mehr oder minder ausgebildeten Staatsbürgersinn seiner Unterthanen, es ist nicht geeignet, politischen Schwärmern und Staatsverbesserern, welche nichts weniger, als „staatswidrige" Tendenzen haben, die Spitze zu bieten und die Realität des Gesamtwillens, welche Bekker im übrigen stark betont, auch ihnen gegenüber als rocher de bronze zu stabilieren: „Gute" Revolutionäre kann es vom Standpunkt des Rechts nicht geben, so wenig wie ein Beauftragter der Kirche von Rechtswegen sich als ihr „Reformator" aufspielen, von dem durch das Kirchenregiment normierten Lehrbegriff auf der Kanzel abweichen darf.

An das Bewusstsein der Strafwürdigkeit halten sich Gessler und Heinze. „Strafwürdigkeit" stellt aber nur eine allgemeine Abstraktion dar aus den Kriterien der Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit. Je roher und stumpfer nun der rechtliche Sinn des Handelnden ist, desto weniger wird übrig bleiben, was für ihn „strafwürdig" ist. Auch hier kämen freilich die Fälle, deren Strafbarkeit in aller Bewusstsein liegt, nicht in Betracht. Die Frage ist aber, weil der Kreis dieser Fälle ein unbestimmter ist — was liegt im allgemeinen Bewusstsein?

---

[16]) l. c. S. 143.

[17]) Einl. S. IV.

doch eine allgemeine, und daher kommt es am letzten Ende wieder darauf hinaus, dass der Einzelne den Ausschlag giebt, ob er zu strafen sei oder nicht.

Das nämliche Resultat würde zu Tage treten, wollte man mit Geyer als zum Begriff des strafrechtlichen Vorsatzes gehörig das Bewusstsein des Thäters, eine Übelthat zu begehen, für notwendig erachten. —

Überblicken wir die erörterten Theorien, welche alle auf dem Boden der Antipathie gegen den Satz „ignorantia iuris nocet" gewachsen sind, so fällt uns auf den ersten Blick die im gegnerischen Lager darüber herrschende Uneinigkeit auf, welche Farbe dem kriminellen Willen am besten anstehe, welche Färbung den Willen erst zum wirklich kriminellen, d. h. strafrechtlich in Betracht kommenden mache. Diese Uneinigkeit beweist schon, dass keines der aufgestellten Gegenprinzipien imstande ist, einer mannigfaltigen Praxis gerecht zu werden, dass keines den vom Staat zu Rechtsgütern erhobenen Gütern absoluten Schutz, dessen sie doch bedürfen, zu gewähren die Kraft hat.

Soweit die oben behandelten gegnerischen Theorieen so aufgefasst sein wollen, als sollte dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur nebensächliche, untergeordnete Bedeutung beigelegt werden, in dem Sinne, dass wenn der Thäter das Bewusstsein in der Pflichtwidrigkeit, Staatswidrigkeit u. s. w. nicht gehabt habe, er in keinem Falle bestraft werden könne, möge er sich auch über seinen Verstoss gegen die positive Satzung klar gewesen sein, liegt von vornherein ihre Verwerflichkeit auf der Hand. Denn, wenn einmal die Objektivität ins subjektive Bewusstsein aufgenommen sein soll, so ist klar, dass dem Rechte gegenüber nur das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, dem Strafrecht gegenüber demgemäss nur das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit in Betracht kommen kann (cf. oben pag. 13).

Doch auch soweit jene Theorien nur verlangen, dass dem Handelnden „wenigstens" das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit u. s. w. innegewohnt haben müsse, damit er strafbar sei, soweit sie also dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, der Staatswidrigkeit, der Strafwürdigkeit bloss subsidäre Bedeutung hinter dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit beimessen, auch insoweit lassen sie sich nicht aufrecht erhalten aus eben dem Grunde, weil die Funktionskraft des Rechtes nicht durch die Existenz von ausserhalb des Rechtes liegenden Vorstellungen im

Kopfe des Thäters bedingt sein kann, weil das Recht nur auf sich selbst beruht.

Nach wie vor bleibt der Satz „ignorantia iuris nocet“ bestehen. Mag auch die Verurteilung jemanden, der in der Überzeugung etwas von der Rechtsordnung durchaus gebilligtes zu thun, sich einer strafbaren Handlung schuldig macht, ohne dass er auch dabei auf den Gedanken käme, etwas pflichtwidriges, staatswidriges, strafwürdiges oder eine Übelthat zu begehen, mag auch die Verurteilung eines optima fide handelnden Menschen vom Standpunkt derer, die „im Geiste christlicher Humanität“[19]) dem Individuum die Unbekanntschaft mit dem Gesetze nachsehen, hart und grundlos erscheinen; — die Auffassung des Staats als Trägers und Hüters der Gesamtinteressen kann sich der Erkenntnis nicht verschliessen, dass eine solche „Humanität,“ zum Prinzip erhoben, wo höhere Interessen auf dem Spiele stehen, eine falsche Humanität ist.

Von einer „ungerechten“ Verurteilung kann nimmer die Rede sein, wenn der Staat in deutlicher Weise erklärt hat, was er mit seinem Ideal von Recht und Gerechtigkeit nicht für vereinbar hält: Sein Urteilspruch ist gerechtfertigt, war der Einzelne auch nicht darauf gefasst.

Man erhebt gegen den Satz „ignorantia iuris nocet“ den Vorwurf, er lasse das Individuum die Souveränität des Staates zu stark, zu drückend fühlen, wie er überhaupt nur die Allgemeinheit im Auge habe, den Einzelnen, der doch auch seine Existenzberechtigung habe, aber in gar keiner Weise berücksichtige.

Allerdings — und hiermit kommen wir auf den letzten Punkt der Betrachtung dieses Paragraphen — allerdings verschmäht es unser Satz, dem Individuum zu schmeicheln, wie die gegnerischen Theorieen es thun, welche an das rechtliche oder moralische Ermessen des Einzelnen appellierend, das Individuum auf einen Platz setzen, welchen es unmöglich ausfüllen kann. Unser Satz tyrannisiert das Individuum, aber er bringt ihm dafür auch nicht zu unterschätzenden Gewinn ethischer Natur! Es ist der Ausdruck einer dem Menschen weit dienlicheren, erzieherischer wirkenden Humanität als die von gegnerischer Seite befürwortete es ist: Er weist dem Individuum die Stellung zu, welche ihm in der Ordnung der Dinge gebührt, er lehrt es, sich bescheiden.

---

[19]) cf. Ortloff, Strafbarkeitserkenntnis S. 7.

Erst durch die Härte der Erziehung lernt das Kind, was es thun soll und was es lassen muss. Gar bald erfährt es, dass es nicht um seiner selbst willen lebt, dass es nicht lebt, um zu leben — zügeln muss es sich, an allen Ecken und Enden Rücksicht nehmen, sich stets fügen und unterordnen. Steht es denn mit dem erwachsenen Staatsbürger anders? Die Wohlthat, in einem geordneten Rechtsstaat leben zu dürfen, der die Härten des Kampfes ums Dasein auszugleichen, zu mildern sich zur Aufgabe setzt, notwendig wird sie erkauft durch eine Selbstbeschränkung des Individuums. Mag der Erzieher auch einen leisen Anflug von Mitleid fühlen, wenn das Kind aus verwunderten Augen ihn fragend anschaut, er wird sich deswegen, weil das Kind die Unart als solche nicht erkannt hat, nicht besinnen, ihm die Unart nachdrücklich auszutreiben. Ebensowenig darf der Staat sein Straf-Recht preisgeben, weil der Thäter seine Handlung als strafbare Handlung nicht erkannt hat: Das Straf-Recht ist heilige Straf-Pflicht.

Die Rechtsordnung zielt in erster Linie auf das Gedeihen des grossen Ganzen ab, erst in zweiter Linie kommt das Wohl des Einzelnen in Betracht. Der sociale Charakter des Rechtes folgt aus der Natur, aus dem Zwecke des Rechtes selbst, welcher eben die Integrität des gesellschaftlichen Organismusses ist und nicht die Behaglichkeit des Individuums.

Welche Stellung hat das Individuum in der Natur? Die gleichgültige Grossartigkeit, welche die Natur dem Individuum gegenüber beobachtet, hat kaum jemand so treffend gekennzeichnet, wie Schopenhauer, der die Natur also sprechen lässt[20]): „Das Individuum ist nichts und weniger als nichts; Millionen Individuen zerstöre ich tagtäglich zum Spiel und Zeitvertreib, ich gebe ihr Geschick dem launigsten und mutwilligsten meiner Kinder preis, dem Zufall, der nach Belieben auf sie Jagd macht."

Dass das Individuum nicht Selbstzweck ist, Existenzberechtigung nur hat, insofern es die Gattung fördert, und dass die schönste, heiligste Frucht seines Leidens die Entwicklung und Entfaltung der Gattung ist, dies ist ein schon fast frivialer Gedanke. Und doch ist es gewiss, dass dem Menschen keine grössere, ihn mehr veredelnde Wohlthat widerfahren kann, als das Geschenk jener Naturwahrheit, wenn

[20]) Welt als Wille und Vorst. Bd. II zur Ethik S. 687.

wir so sagen dürfen, — und sei's auch ein Geschenk, dessen Annahme erzwungen werden muss! — jener Wahrheit dass sein Nichts zu einem Etwas erst wird durch ein hochgespanntes Pflichtbewusstsein und Verantwortlichkeitsgefühl, welches den Schwerpunkt aus dem eigenen Selbst herauslegt, das Individuum nicht mehr „seine Sache suchen", sondern es ganz im Dienst eines über ihm stehenden Ganzen aufgehen lässt.

Nicht nur rein praktischen Bedürfnissen — dies ist unser Ergebnis — verdankt der Satz, der diesem Paragraphen überschrieben ist, sein Dasein, er ist kein bloss utilitarischer Satz, sondern seine Rechtfertigung liegt im innersten Wesen der staatlichen Rechtsordnung begründet.

§ 6.

Dogmengeschichtliches.

Ein dogmengeschichtlicher Exkurs ist deshalb von Interesse, weil er zeigt, in welch engem Zusammenhange die politischen Ideen einer Zeit, die Vorstellungen über den Rechtsgrund des Staates und der Strafe mit der Gestaltung der Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz stehen.

Da es in unserer Absicht nur liegt, auf die für unsere Betrachtung springenden Punkte hinzuweisen, so ist eine ausführliche, die chronologische Reihenfolge innehaltende, geschichtliche Darstellung des Dolusbegriffes ausgeschlossen.

Die in § 2 und im vorigen Paragraphen behandelten Theorieen über den kriminellen Vorsatz lassen sich bezeichnen als Nachklänge aus einer Zeit, welche den letzten Grund des öffentlichen Lebens und des gesellschaftlichen Zusammenhanges in die Interessen des Individuums verlegte, einer Zeit, die vom Gedanken des „contrat social" erfüllt war. Der Irrtum, dass die Menschen zuerst als Individuen existiert hätten, war herrschend, während doch in Wahrheit das Individuum ursprünglich vollkommen in Familie, Geschlecht und Staat aufging und erst allmählich die Individualität zur grösseren Selbständigkeit sich emporgerungen hat[1]). Ob nun der menschliche Geselligkeitstrieb [Grotius], ob nun reflektierender Egoismus [Hobbes] die Quelle des

[1]) In diesem Irrtum, dass der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit mit des Menschen zusammenfalle, ist die Ursache der lange vergeblichen Bemühungen, die juristische Person zu konstruieren, zu erblicken; insbesondere ist die Fiktionstheorie darauf zurückzuführen.

„contrat social" sein sollte, einmütig ward der Rechtsgrund des Staates in dem die Substanz des Vertrages bildenden consensus der Individuen gesucht. Das Individuum hat bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages seine naturrechtliche Souveränität — dies war das Axiom des philosophischen Staatsrechts von Marsilius bis Rousseau, Kant, Fichte — nur insoweit aufgegeben, dem Staate nur soweit geopfert, als dies zur Erreichung des Gesellschaftsvertrages unumgänglich nötig war. Beccaria ging in der Auffassung des Staates als eines Vertragsproduktes so weit, aus dem Gesellschaftsvertrage die Unzulässigkeit der Todesstrafe zu folgern, davon ausgehend, dass die Preisgabe des Lebens ein zu grosser Abbruch an der persönlichen Freiheit, die dem Individuum von den goldenen Zeiten des Naturzustandes her anhafte, sein würde.

Der auffallende Niederschlag jener Anschauungen, welche im Willen des souveränen Individuums die Basis der gesamten Rechts- und Staatsordnung erblicken, zeigt sich für unsere Lehre in Feuerbachs Dolustheorie.

Feuerbach definiert den strafrechtlichen Vorsatz als „die Bestimmung des Willens zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens"[2])[3]). Diese Definition wurzelt in der von Feuerbach aufgestellten psychologischen Zwangstheorie: Alle Verbrechen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit. Dieser sinnliche Antrieb kann nur dadurch aufgehoben werden, dass jedermann weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Übel, d. i. die Strafe folgen, welches grösser ist als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt. Feuerbach fasst also die staatliche Strafandrohung als Mittel auf, den mit der Absicht des Verbrechens Umgehenden zu überzeugen, er werde durch Ausführung seines Vorhabens mehr verlieren als gewinnen. Hat diese Mahnung keinen Erfolg, geht der Verbrecher achtlos an der Warnungstafel vorüber, so fällt der Vorwurf auf den

[2]) Lehrb. des peinl. Rechts 14 A. S. 99 (§ 54).

[3]) In der Bibliothek für peinl. Rechtswiss. 1800. Bd. II S. 193 fordert Feuerbach, dass während des Aktes der verbrecherischen Handlung selbst das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit vorhanden sein müsse. Dagegen hebt Mittermayer in einer Note zu § 54 des F.'schen Lehrbuchs hervor, dass dies Postulat auf die im Affekt verübten und die nur als Mittel zum Zweck begangenen Verbrechen keine Anwendung finden könne.

Staat zurück: Warum hat er kein wirksameres Gegengift angewandt, das in der sinnlichen Lust aufkeimende Gift zu töten! Während der Verbrecher, der die drohende Strafe vorausgesehen hat, sich über ihren wirklichen Eintritt nicht beklagen kann, war es doch sein eigner Wille, die Strafe als Folge seiner That auf sich zu nehmen, fällt die Berechtigung, zu strafen, für den Staat fort, sowie es dem Verbrecher unmöglich war, das Strafübel in seine Vorstellung aufzunehmen, sowie er von der Existenz des Strafgesetzes nichts wusste: Die conditio sine pua non ist nicht erfüllt!

Inkonsequent war es von Feuerbach, sich mit der Kenntnis des Strafgesetzes im allgemeinen zu begnügen. Denn hatte sich der Thäter eine mildere Strafe als Folge seiner That vorgestellt, so hatte er sich im Grunde nur dieser milderen Strafe unterworfen, das in sein Bewusstsein nicht aufgenommene Plus müsste er eigentlich zurückweisen können. Stübel, welcher ebenfalls zur Strafbarkeit die Kenntnis „der Handlung an sich selbst, des durch sie übertretenen peinlichen Gesetzes und ihrer Beziehung aufeinander“[4]) für unentbehrlich erachtet, scheut diese Konsequenz nicht:[5]) Stübel verlangt als für den kriminellen Vorsatz begriffswesentlich die Kenntnis von der Grösse der Strafe auf Seiten des Verbrechers, „da vielleicht die Wissenschaft vom bestimmten Strafübel hinreichend gewesen wäre zur Abschreckung.“[6])

Kann der Charakter der Strafe noch mehr zu einem kompromissarischen herabgedrückt werden?! Staat und Unterthan sehen wir miteinander einen Rechtshandel eingehen — ein offenbarer Widersinn, da der Staat über öffentlich-rechtliche Verhältnisse mit dem Unterthan nimmermehr paktieren kann[7]).

---

[4]) System des peinl. Rechts § 246.

[5]) Zwischen Feuerbach und Stübel besteht dasselbe Verhältnis wie zwischen Binding, der sich mit der Kenntnis der Norm in abstracto begnügt, und Oetker, der wirkliche Kenntnis fordert.

[6]) l. c. S. 251 f.

[7]) Von „staatsrechtlichen Verträgen“ kann man daher eigentlich nicht gut reden. Die „staatsrechtlichen Verträge“ sind in Wirklichkeit Gesetze, einseitige Bewilligungen der Staatsgewalt, die nicht kraft Vertrags gebunden ist, sondern kraft des sich selbst beschränkenden souveränen Willens. Verträge setzen immer coordinierte Subjekte voraus! Nur als Fiscus kommt der Staat als Privatperson in Betracht, der einzige Fall, wo „der allmächtige Staat seine Krone niederlegt, um durch die niedere Thür des Privatrechts eingehen zu können. (Sohm)“. Die Gesetzesnatur der staatsrechtlichen Verträge wird nachdrücklich betont von Hübler, Vorlesungen über

Abgesehen von der psychologischen Unwahrscheinlichkeit, dass ein Verbrecher jemals die ihm drohende Strafe hat auf sich nehmen „wollen", ist durch diese „Unterwerfungstheorie", wie man sie auch nennt, gewissermassen eine Art Anrecht auf Verübung des Verbrechens proklamiert; das Unrecht als solches tritt in den Hintergrund, und vor unseren Augen taucht das Bild jenes civis Romanus auf, welcher von seinem Sklaven gefolgt, auf der via Appia wandelnd, jedem Begegnenden einen Backenstreich appliciert, während der Sklave dem also Geohrfeigten jedesmal 25 asses zur Sühne aushändigt.

Die Hinterthür der Feuerbach'schen Theorie ist die praesumtio doli: „Von jeder mit Verstand begabten Person wird im allgemeinen als rechtlich gewiss angenommen, dass sie mit den Strafgesetzen bekannt sei."[8])

Noch weiter entfernt von der Einsicht, dass das Recht der Strafe seinen Grund in einem objektiven, von der Willkür des Verbrechers unabhängigen Verhältnisse haben müsse, ist Winsinger[9]). Winsinger überbietet Feuerbach und Stübel noch, insofern er bei einem Strafgesetz, das zur Verhütung der Entstehung einer Rechtsverletzung erlassen ist, ausser dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit zum Dolus noch den Willen verlangt, durch die verbotene Handlung diejenige Verletzung zu bewirken, um derentwillen die Handlung eine verbotene ist[10]). Also das Motiv des Gesetzgebers muss der Thäter sich zu Gemüte geführt haben, wenn er strafbar sein soll! Erst dann ist das Strafgesetz sanktioniert, rechtskräftig, wenn der Einzelne es bei sich beglaubigt hat!

So ist denn Fichtes Wort[11]) erfüllt:

„Der individuelle Wille ist der einzige Gesetzgeber."

Staats- und Verwaltungs-Recht S. 10: Quellen des Staatsrechts. — Weil es zwischen Staat und Unterthan keinen Kontrakt über öffentliche Verhältnisse giebt, ist das Beamtenverhältnis nicht auf Vertrag zu gründen, es beruht vielmehr auf einem einseitigen Akt der Staatsgewalt.

[8]) l. c. § 86 S. 159.

[9]) de dolo et culpa. Bruxellis 1824.

[10]) Auch Wieland, Geist der peinlichen Gesetze I. § 213, spricht es unumwunden aus, der Thäter müsse die Beweggründe, die dem Gesetze seine verbindliche Kraft geben, gekannt haben.

[11]) Sämtl. Werke VI. S. 80.

Eine gesunde Reaktion gegen die Verkümmerung des Staats- und Strafbegriffes ging aus von der Hegel'schen Schule. Ihr gebührt das Verdienst, den Vorsatzbegriff in seiner reinen Objektivität zu Ehren und Ansehen gebracht zu haben.

Leitstern war der der Betrachtung unseres Paragraphen 3 zu Grund gelegte Satz, dass, wer einmal in der Wirklichkeit handeln will, sich damit auch ihren Gesetzen unterworfen und das Recht der Objektivität anerkannt hat. „Das Recht der Objektivität hat aber die Gestalt, dass die Handlung eine Veränderung ist, die in einer wirklichen Welt existieren soll, also in dieser anerkannt sein will, sie dem, was darin gilt, überhaupt gemäss sein muss." [12]) Und weiter heisst es bei Hegel: „Durch die Öffentlichkeit der Gesetze benimmt der Staat dem Rechte der Einsicht die Zufälligkeit für das Subjekt, welche dies Recht auf dem dermaligen Standpunkt noch hat."

Die „Zufälligkeit der subjektiven Einsicht" befindet ebensowenig darüber, ob etwas Recht oder Unrecht sei, wie es von ihr abhängt, ob die Handlung gut oder böse sei. Für Hegel würde sich die Bejahung der Frage, ob eine Handlung nur insofern böse sei, als sie „mit bösem Gewissen" geschehen, der feinsinnigen Ironie Pascals [13]) aussetzen: „Ils seront tous damnés les demi-pecheurs, qui ont quelque amour pour la vertu. Mais pour ces francs pecheurs, pecheurs endurcis, pecheurs sans mélange, pleins et achevés, l'enfer ne les tient pas. Ils ont trompé le diable à force de s'y abandonner." [14])

In gleichem Sinne sagt Lucas mit Bezug auf das kriminelle Gebiet: „Je grösser der Verbrecher, desto geringer die Schuld."

Während die moderne Strafgesetzgebung, wie sich noch zeigen wird, unter dem Einfluss der Autorität Feuerbach's steht, behaupteten in der Doktrin Hegel's Gedanken siegreich das Feld [15]), wenn sich auch

---

[12]) Hegel, l. c. S. 127/28, § 132.

[13]) Pascal, lettres Provenc. 4e lettre.

[14]) Im Anschluss an diesen Satz citiert Hegel die tiefsinnige Bemerkung Pascal's, welche die Bitte Christi am Kreuze für seine Feinde: „Vater vergieb ihnen, denn sie wissen nicht, was sie thun" für eine überflüssige Bitte erklärt, wenn der Umstand, dass sie nicht gewusst, was sie gethan, ihrer Handlung von vornherein die Qualität erteilt hätte, nicht böse und somit der Vergebung nicht bedürftig zu sein.

[15]) Äusserlich tritt der Fortschritt in die Erscheinung durch eine strenge Sonderung der Frage nach dem Rechtsirrtum von der Lehre der Handlung. So bei Berner in der „Imputationslehre" und bei Koestlin in seinem „System" § 62.

hie und da ein Rückschlag bemerkbar macht: wirkte doch ebenso die der Idee des „contrat social“ entwachsene „atomistisch-mechanische“ Staatsauffassung nach, hatte doch auch die grosse französische Revolution ihre Nachwehen in unserem Jahrhundert, das sonst im Grunde den Begriff der Staatspersönlichkeit sich zu eigen gemacht hat.

Es ist so, als hätte die Erkenntnis, dass das staatliche Strafrecht schlecht fundiert wäre auf die schwankenden Rechtsbegriffe, die feinere oder gröbere Konstitution des rechtlichen Gewissens der Unterthanen, kurz die Erkenntnis des publici iuris-Charakters des Strafrechts, als hätte sie mehr oder minder klar im Instinkt der mittelalterlichen und der späteren Doktrin gelegen, soweit sie sich mit der Frage beschäftigt hat, ob die Vorstellung des Thäters von der juristischen Qualifikation seiner dem objektiven Recht zuwiderlaufenden Handlung von wesentlicher Bedeutung für diese Handlung sei.

Wenn zahlreiche Schriftsteller des gemeinen deutschen Strafrechts den durch logisch zwingenden Beweis gefundenen Satz, dass der Begriff des Vorsatzes sich nicht auf die juristische Bedeutung desselben beziehe, nicht zu Ende gedacht haben, vielmehr auf Umwegen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in die Vorsatz-Definition hineingebracht haben, so thaten sie dies allein um deswillen, weil sie dem Richter ein Mittel an die Hand geben wollten, den nach ius strictum Schuldigen aus Billigkeitsrücksichten von der Überhärte der Strafe zu befreien.[16]) So verfährt beispielsweise Boehmer.[17]) Er schenkt dem Rechtsirrtum keine Beachtung, „ne in cuiusvis nequissimi hominis potestate sit, allegata ignorantia, rigorem legum temere et contra utilitatem publicam eludendi.“

Wenn Boehmer nun weiter sagt: „Verum id non omne arbitrium iudicis tollit, si probabilis causa ignorantiam confirmat“ — so bedeutet dieses das Prinzip der tonangebenden Rücksicht auf die „utilitas publica“ einschränkende Ader einen kriminalpolitischen Notbehelf gegenüber dem schlechten Zustand des damaligen Strafrechts.

Die italienische Strafrechtswissenschaft blieb ebenfalls auf halbem Wege stehen. Sie erklärte das Wissen vom positiven Gesetze zum Vorsatz für unentbehrlich, wenn es sich um Strafsatzungen rein positiver Natur handelt. Indes so recht befriedigt fühlte man sich

[16]) Vergl. Gessler, Zeitschr. Gerichtssaal Bd. X. S. 236.

[17]) Observationes selectae ad Carpzov practicam novarum rerum qu. 149 observ. IV. Carpzov selbt lässt sich über unsere Frage nicht aus.

hierbei nicht. Drum stellt Farinacius[18]) den Satz auf: „Ignorare lata culpa est.“ Das will sagen: Der Thäter ist trotz seiner Rechtsunkunde der Strafe verfallen; wenn man ihm auch seine That als vorsätzliche nicht zurechnen kann, da das Erfordernis des Vorsatzes, das Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit nicht erfüllt ist, so haftet er doch auf alle Fälle für Fahrlässigkeit.

Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des Begriffes der Fahrlässigkeit. Die kulpose Handlung besteht in der Herbeiführung eines bestimmten faktischen Erfolges auf Grund pflichtwidriger Unaufmerksamkeit, nicht aber in der Verletzung des Gebotes, sich Kenntnis vom Gesetz zu verschaffen. Die Beziehung des thäterischen Willens zum rechtlichen Erfolge der Übertretung einer Satzung ist vom Begriff der Fahrlässigkeit ausgeschlossen.[19])

Demnach gilt für alle mit bewusster Verwirklichung des faktischen Erfolges begangenen Verbrechen, bei denen das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit auf Seiten des Thäters fehlte: Verneint man hier den Vorsatz, so muss man die Zurechenbarkeit der That überhaupt verneinen. So müssen wir wenigstens sagen, die wir im vorsätzlichen Verbrechen nichts als die bewusste Verwirklichung des faktischen Thatbestandes, der in den Augen des Strafrechts ein Verbrechen darstellt, sehen. Wenn wir vorhin von einer „Verkennung“ des Begriffes der Fahrlässigkeit sprachen, so müssen wir allerdings daran denken, dass diese „Verkennung“ der kulposen strafbaren Handlung notwendig mit der Auffassung der dolosen als einer mit dem Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit begangenen Handlung zusammenhängt. Denn, steht man einmal auf dem Standpunkt, dass der thäterische Wille sich auf die kriminelle Beurteilung der Handlung zu erstrecken habe, so ist es nur ein logischer Schluss, auch den fahrlässigen Willen in Bezug zur strafrechtlichen Qualifikation der Handlung zu setzen. Die logische Konsequenz dieses Schlusses indes ändert nichts an seiner Unrichtigkeit.

---

[18]) Praxis et theoria criminalis. Frankf. 1597.

[19]) Ebenso wie vom Begriff des Vorsatzes. Die gegenteilige Ansicht geht von der irrtümlichen Meinung aus, als habe das Recht die Begriffe „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ erst geschaffen, während diese doch vom Rechte bereits vorgefunden und nur benutzt wurden. Im Reiche des rechtlich irrelevanten Handelns lässt sich Vorsatz und Fahrlässigkeit so gut unterscheiden wie für das rechtlich relevante Handeln: Wie ich einen fremden Gegenstand vorsätzlich und fahrlässig beschädige, so kann ich auch die mir gehörige Sache vorsätzlich oder fahrlässig zerstören.

welche sich aus der Unrichtigkeit der ihm zu Grunde liegenden Prämisse ergiebt. — Zudem lässt sich nicht behaupten, dass die verschuldete Gesetzesunkenntnis in Kausalzusammenhang mit dem Thatbestande des einzelnen Verbrechens steht, abgesehen davon, dass es schwer feststellbar ist, ob ein error iuris oder einer ignorantia iuris — zwischen diesen beiden ist kein Unterschied, da es auf dasselbe herauskommt, ob ein Zerrbild oder gar kein Bild von der Realität in der Vorstellung des Thäters existiert, — ob ein error oder eine igeorante iuris „verschuldet", verzeihlich oder unverzeihlich ist, ein Einwand, den freilich des Farinacius Satz abschneidet, indem er das Nichtwissen rein positiver Satzungen ein für allemal zur „culpa lata" stempelt.

Im übrigen knüpft die italienische Litteratur und später die Doktrin des gemeinen deutschen Strafrechts an die römischen Quellen an[20]) und bemüht sich um den Nachweis, dass die römischen Grundsätze der Einteilung der Verbrechen in „delicta iuris civilis" und „delicta iuris gentium" allgemeine Bedeutung haben und einen absoluten Massstab für die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums abgeben.

Neigten die Römer in der That so sehr dahin, den von ihnen erfundenen Satz „ignorantia iuris nocet" mit Ausnahmen zu durchbrechen, besteht wirklich Grund, die Römer für das Prinzip weitgehender Beachtung des kriminellen Rechtsirrtums in Anspruch zu nehmen, wie es neuerdings vor allem Binding[21]) thut?

Es ist schwer, den strafrechtlichen Dolusbegriff aus den Quellen zu abstrahieren, da die Römer ebensowenig wie die Carolina die Lehre vom Vorsatz systematisch und abstrakt behandelt haben, der kriminelle Dolus mit dem civilen häufig vermischt ist, wie ja die römischen Juristen überhaupt — ein oft wiederholter Vorwurf — das Strafrecht nicht plastisch herausgearbeitet haben, dieses vielmehr recht stiefmütterlich von ihnen behandelt ward.

Ebenso wie die Quellen ersehen lassen (nov. 66 cap. 1), dass die Römer eine allgemeine Bekanntschaft mit den Gesetzen nicht prä-

---

[20]) Vor allem Menochius, de praesumt. lib. V praes. 3 u. 115 ff. zergliedert die Frage des error iuris im Anschluss an römische Prinzipien und kommt dabei ebenso wie Julius Clarus, sent. receptar. lib. V § 1 in qu. 60 und qu. 85, zu den feinsten Unterscheidungen.

[21]) l. c. II. S. 300 ff.

sumieren — mit so bequemen Fiktionen gaben sie sich nicht ab — so erhellt auch aus ihnen, dass in der Regel die Berufung auf Rechtsunkenntnis unbeachtet bleibt. Nur die vier, auch im Civilrecht privilegierten Personenklassen: Weiber, Minderjährige, Rustici, Soldaten, genossen in speciellen Fällen die Vergünstigung, hinter der Unkenntnis des Gesetzes Deckung suchen zu dürfen, keineswegs aber, wie man das in der mittelalterlichen und nachmittelalterlichen Wissenschaft annehmen zu müssen glaubte, bei allen delicta iuris civilis, wozu aller Wahrscheinlichkeit von den Römern auch die offenen Gewaltthaten, Veruntreuungen, Betrügereien gerechnet wurden[22]). Scharf durchgeführt haben die Römer die Unterscheidung zwischen einem dem ius gentium und einem dem ius civile angehörigen Verbrechen überhaupt nur beim Incest[23]). Unter „incestus iuris civilis" verstand man den Incest zwischen Blutsverwandten in der Seitenlinie und zwischen Verschwägerten, unter „insestus iuris gentium" den Incest zwischen Ascendenten und Descendenten. In l. 39 § 2 Dig. ad leg. Inl. de adulter. coerc. 48, 5 heisst es: „Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata."

Die Frauensperson, welche auf Grund eines Rechtsirrtums einen incestus iuris civilis beging, wird entschuldigt; hat sie einen incestus iuris gentium begangen, kann sie sich auf Rechtsirrtum nicht stützen, da hier schon das natürliche Gefühl sie von der Blutschande hätte abhalten sollen.

Binding[24]) bemerkt zu dieser Stelle, aus ihr gehe hervor, dass eine angebliche Rechtsunkenntnis nur bei den delicta iuris civilis Glauben gefunden habe; daraus folge, dass wirklich vorhandene Rechtsunkenntnis den Dolus und somit die Möglichkeit eines strafbaren Incestes für die römischen Juristen überhaupt ausschliesse.

Die vorliegende Stelle spricht aber von angeblichem Rechtsirrtum ebensowenig, wie die l. 15 pr. de lege Corn. de fals. Dig 48, 10, welche die lex Cornelia de falsis auch auf den Schreiber eines Testaments

---

[22]) Rosshirt, N. Archiv f. Crim.-R. Bd. IX. S. 512.

[23]) Berner, Wirkungskreis S. 26 misst der Unterscheidung im ganzen mehr philosophische als praktische Bedeutung bei.

[24]) l. c. II. S. 322.

ausdehnt, der sich unbefugterweise ein Vermächtnis zuschreibt. Es heisst hier: „Ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant.“ Für Binding[25]) bedeutet „edicti severitas“ wörtlich die sich in der Gleichstellung der bedrohten Handlung mit den Fällen der lex Cornelia manifestierende „Strenge des Edikts“, also die Strafhöhe und „praetendere“ das Vorspiegeln eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtsirrtums. So kommt Binding dazu, dem citierten Satz zu entnehmen, dass wirkliche Unkenntnis von der Strafhöhe in Rom strafausschliessend gewirkt habe. Zweifellos beziehen sich nun die Worte „severitas edicti“ nicht auf die Höhe der Strafe, sondern auf den ganzen Inhalt des Gesetzes, und „praetendere“ heisst nicht soviel wie etwas nicht Existierendes vorschützen, sondern einfach soviel wie etwas behaupten, auf etwas pochen. Den Kardinalsatz, dass ein Wissen um die Höhe der angedrohten Strafe zur Bestrafung nicht nötig sei, haben auch die Römer nicht verleugnet! „Severitas edicti“ ist eben in technischem Sinne zu verstehen. Im selben Sinne spricht das preussische Landrecht in einer noch zu citierenden Stelle von der „Strenge des Gesetzes“ (cf. pag. 68). Technisch sind auch die Begriffe „rusticitas“ und „imperitia“ zu fassen, was erheblich wird bei der Interpretation der l. 3 §§ 22, 38 Dig., de s. c. Silan. 29,5: Nur dann, wenn der Contravenient ein „imperitus“ oder „rusticus“ im technischen Sinne des Worts ist, soll ihm die Unbekanntschaft mit dem senatusconsultum Silanianum verziehen werden, welches nach dem Tode eines auf unnatürliche Weise um's Leben gekommenen Herrn die Folterung seiner Sklaven vor der Testamentseröffnung anbefiehlt. Dies und weiter nichts besagen die Worte in l. 3 § 38 l. c: . . . non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit (scil. tabulas). . .

Nicht jede Unkenntnis der Satzung entschuldigt, und verwirrend ist es, „rusticus“ mit „dumm wie ein Bauer“ zu übersetzen wie Binding.[26]) Nur wer aus einer durch notorische Einfalt — dies bedeutet „imperitia“ — verursachten Gesetzesunkenntnis vor der Folterung der Sklaven das Testament öffnet, geht straflos aus.

Dass selbst „imperitia“ und „rusticitas“ kein absolutes Anrecht auf Berücksichtigung des Rechtsirrtums haben, geht hervor aus l. 1 cod.

---

[25]) l. c. II. S. 312, Anm. 437.

[26]) l. c. II S. 315.

de interd. matrim. 5, 6: „Senatus consulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet.

Alles deutet darauf, dass der Wirksamkeit des Rechtsirrtums auf die kriminelle Zurechnung im römischen Strafrecht enge Grenzen gezogen waren!

Der Satz „constitutiones principum nec ignorare nec dissimulare permittimus“ [27]) war die Richtschnur des römischen Rechtslebens, er war die Regel, wenn sich auch aus den Quellen der Schluss ziehen lässt, dass, wo das Delikt mehr auf einer positiven Norm beruht, man eher geneigt war, bei Unkenntnis der betreffenden Norm freizusprechen [28]).

Was endlich das Germanische Recht anlangt, so erfuhr hier der Rechtsirrtum keinerlei Schonung: Das Volk war so innig mit seinen Rechtssatzungen verwachsen [29]). — Wilda [30]) nennt den „Lögsögmanen“ der isländischen Graugans das lebendige Gesetzbuch des Volkes — dass eine Berufung auf Rechtsunkunde nur mit Achselzucken aufgenommen werden konnte.

Einer einzigen Stelle begegnen wir im „Billwärder Recht“ (art. 23) [31]) wo dem „uthlandesch man“ die Unkenntnis des Verbots, zum Ting mit Waffen zu erscheinen, nachgesehen wird, nachdem er seine bona fides eidlich erhärtet hat.

§ 7.

Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts.

Wir erwähnten bereits (pag. 61), dass die moderne Strafgesetzgebung unter Feuerbach'schem Einflusse steht. Sowohl in der Definition des Vorsatzes prägt sich diese Verwandtschaft aus, als darin dass — ganz nach dem inkonsequenten Muster ihres Vorbildes — die

---

[27]) l. 12 Cod. de iuris et facti ignorantia.

[28]) Pernice, Labeo II S. 63. Vergl. auch Julius Clarus l. c. lib. V §. Fin. qu. 85, welcher den Rechtsirrtum des Fremden entschuldigt bei einem „delictum solummodo secundum statuta ipsa civitatis vel loci (scil. wo der Fremde delinquiert hat) prohibitum.“

[29]) Berner, Wirkungskreis S. 37: „Das germanische System sah das angeborene Volksrecht eines jeden als einen lebendigen Bestandteil der Persönlichkeit an.“

[30]) Strafrecht der Germanen S. 18.

[31]) John, Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher S. 127.

einzelnen Gesetzbücher der Berufung auf Gesetzesunkunde zum Teil gar nicht, zum Teil nur in geringem Masse Statt geben, sich mehr oder weniger einer praesumtio doli nähernd.

Das preussische Landrecht ist das einzige Gesetzbuch, das eine Ausnahme von der Regel bildet. Es nennt (Tit. 20, § 26 Teil II) ein Verbrechen „vorsätzlich", „wenn jemand absichtlich etwas thut oder unterlässt, wodurch jemand gegen die Vorschrift des Strafgesetzes beleidigt wird." Hiernach muss sich der Vorsatz lediglich auf den physischen Akt selbst erstrecken, der nach objektivem Recht ein „Verbrechen" darstellt. Der Vorsatz des Landrechts ist der einfache dolus facti im Gegensatz zum dolus iuris der folgenden Gesetzbücher, welchem das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit wesentlich ist. Eine gewisse Koncession macht jedoch auch das allgemeine Landrecht dem Dolus iuris nach einer andern Richtung hin, indem es den Satz des § 10 (Teil II Titel 20) „eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden", indem es diese mit seiner Vorsatzdefinition korrespondierende Unwirksamkeitserklärung des Rechtsirrtums, wie folgt, einschränkt (§ 11). „Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist." (T. II. Tit. 20, § 26).

Das bayerische Gesetzbuch (Art. 71) sagt: „Der betreffende wird mit dem Vorgeben (scil. der Unbekanntschaft mit dem Gesetz) — praetendere! — nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, grosse Dummheit („imperitia et rusticitas") und andere dergleichen Gemütsfehler dieses Vorgeben unterstützen." Vom Vorsatz giebt das Gesetzbuch (Art. 39) folgende Begriffsbestimmung: „Rechtswidriger Vorsatz liegt vor, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat und sich dabei der Rechtswidrigkeit ihres Entschlusses bewusst gewesen ist."

Deutlich wird es hier ausgesprochen, dass der Vorsatz sich nicht auf die sinnlich wahrnehmbare Handlung als solche, sondern auf die Qualifikation derselben, das Verbrechen zu richten habe.

Das hannöversche Gesetzbuch fordert das Bewusstsein, dass die Handlung unerlaubt sei (Art. 41); bez. der ignorantia iuris unterscheidet es, ob sie sich auf Art und Grösse der Strafe beziehe, in welchem Fall sie wirkungslos ist, oder ob der Thäter die Handlung „in

unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit" für unverboten gehalten habe, in welchem Falle er freizusprechen ist.

Ähnlich wie die des bayerischen lautet die Dolusdefinition des badischen Strafgesetzbuches, welches jedoch auch wieder jegliches Nichtwissen vom Strafgesetz für irrelevant erklärt, darin also noch weiter wie das bayerische Gesetzbuch in der Aufstellung der „praesumtio doli" geht.

Das preussische Strafgesetzbuch von 1851 bedeutet einen Einschnitt in der modernen Strafgesetzgebung. Es unterscheidet sich von den ihm voraufgegangenen Gesetzbüchern auffallend dadurch, dass es keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes enthält. Goltdammers Materialien (I. S. 236) geben uns über den Grund dieses Mangels Aufschluss.

„Aus dem Gange der Vorberatungen und dem Schicksale der einzelnen Entwürfe ergiebt sich in Absicht auf die Lehren vom Vorsatz und der Fahrlässigkeit das Resultat, dass die Gesetzgebung vielfach vergeblich versucht hat, jene Lehren und die Grenzen beider Begriffe unter einander in bestimmte, zugleich dispositive Formeln zu bringen, dass sie daher in dieser Hinsicht, das Feld lediglich der Doktrin überlassen und dem Richter vertraut hat, dass ihn diese und mit ihr die lebendige praktische Anschauung der Dinge leiten werde."[1])

Wir können annehmen, dass aus demselben Grunde auch das deutsche Strafgesetzbuch, welches mit dem preussischen wesensgleich ist, auf ihm beruht, eine Definition des Vorsatzes verschmäht hat.

Dass der Gesetzgeber von einer einheitlichen Auffassung des Vorsatzes ausgegangen ist, muss als Postulat von vornherein feststehen, wenn man den unserm Reichsstrafgesetzbuch zu Grunde liegenden Vorsatzbegriff ermitteln will.[2]) Nur auf dem Umwege der Interpretation des § 59 R.St.G.B. lässt sich diesem auf die Spur kommen. Der § 59 Absatz 1 lautet: „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren

[1]) Bereits Mittermaier, N. Archiv für Crim.-R. XII, S. 93. weist auf die Überflüssigkeit, ja Schädlichkeit von Legaldefinitionen abstrakter Begriffe wie des Vorsatzes hin. Allein die Doktrin und vernünftiger Gerichtsbrauch könne ihr Wesen richtig entwickeln.

[2]) Auch Gessler betont dieses Postulat energisch „Über Begriff und Arten des Dolus", S. 170.

Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen."

Bereits am Schluss unseres Paragraphen 2 (pag. 13) haben wir das Resultat ausgesprochen, dass die Worte „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören" sich nicht auf die Rechtswidrigkeit im Sinne der Strafgesetzwidrigkeit einer Handlung beziehen können. In unserm Paragraphen 3 haben wir den tieferen Grund des Missverständnisses in der Interpretation unseres § 59 R. St. G. B. aufzudecken versucht, welches in der Rechtswidrigkeit der Handlung einen zum gesetzlichen Thatbestande des einzelnen Verbrechens gehörigen That-Umstand sieht.

Dem Wortlaut des Paragraphen hiesse es Gewalt anthun, wollte man unter „Thatumständen" etwas andres als den Komplex von Merkmalen, die die konkrete Handlung bilden, verstehen. In Widerspruch mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch[3]) setzt sich, wer das Vorhandensein einer Rechtsnorm einen „Thatumstand" nennt, in Widerspruch mit einem Sprachgebrauch, dessen richtiger Instinkt Thatsache und Recht, Unkenntnis einer Thatsache und Unkenntnis der Rechtswidrigkeit scharf auseinanderhält. Gekünstelt wiederum ist es, wenn weiter vom „gesetzlichen Thatbestande" die Rede ist, die Unterscheidung der Doktrin in den „besondern" und in den „allgemeinen" Thatbestand auf den § 59 anzuwenden, und auch den „allgemeinen" Thatbestand in das Gesetz hineinzuinterpretieren.

Thut man es dennoch, so sollte man wenigstens so consequent sein und den § 59 nicht nur auf das Verboten- resp. Strafbarsein, vielmehr auch auf die Zurechnungsfähigkeit, Strafmündigkeit u. s. w., also auf den gesamten allgemeinen Thatbestand beziehen. Ungestraft stehlen können müsste dann ein im Irrtum über seine Strafmündigkeit befangener Dieb, der in Wahrheit das zwölfte Lebensjahr vollendet hat, sich aber für noch nicht zwölf Jahre alt hält. Alle jene Elemente sind für das Vorhandensein eines Verbrechens ebenso essentiell wie der der Handlung anhaftende Charakter der Unerlaubtheit, ein Um-

[3]) Auf den täglichen Sprachgebrauch berufen wir uns, weil gerade ihm das R.St.G.B. in hohem Masse anhängt, so zwar, dass mitunter die Deutlichkeit der juristischen Begriffe leidet. So wird zur Bezeichnung des Vorsatzes bald „vorsätzlich" bald „absichtlich" ohne Unterschied gebraucht, Ausdrücke, welche begrifflich sehr verschiedenes bezeichnen.

stand, dem die gegnerische Ansicht einen über alle Erfordernisse des Thatbestandes erhabenen Rang anweist.

Absatz 2 des § 59 wäre überdies mit dem Absatz 1 gar nicht in Einklang zu bringen, wenn man dem Fehlen des Bewusstseins von der Gesetzwidrigkeit der Handlung strafausschliessende Wirkung zuschriebe.

Der Absatz 2 des § 59 R.St.G.B. lautet:

„Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung (des Absatz 1) nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist."

Demnach musste, wenn das Verboten- oder Strafbarsein ein „Thatumstand, der zum gesetzlichen Thatbestand gehört", wäre, die verschuldete Unkenntnis der Rechtswidrigkeit dem Thäter als strafbare Fahrlässigkeit zugerechnet werden, was mit dem Begriffe der Fahrlässigkeit unvereinbar wäre (cf. pag. 63). Für denjenigen, welcher im Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit einen wesentlichen Bestandteil des Vorsatzes erblickt, kann die Übertretung einer ungekannten strafrechtlichen Satzung unmöglich dadurch Delikt werden, dass diese Unkenntnis eine verschuldete war. „Wer das Gegenteil annimmt, überträgt die Schuld bei einem Unterlassungsdelikt (das in der Ignorierung der Norm besteht) auf eine Thätigkeit, um aus den Übertretungen zweier Normen, eines Gebots und eines Verbots, von denen jene schuldhaft, diese schuldlos geschah, ein eigenes Begehungsverbrechen zu schaffen. Das Geschöpf kann nicht anders als monströs ausfallen." So sagt Binding[4]) und giebt damit selbst zu, dass die verfehlte Unterscheidung in schuldhafte und schuldlose Rechtsunkenntnis vom R.Str.G.B. nicht anerkannt worden ist.

Wir sehen, auch als organisches Ganze lässt der Irrtums-Paragraph des R.Str.G.B. die Annahme einer Privilegierung des „error iuris" nicht zu.

Wir gelangen zu dem Schluss, dass das Bewusstsein der objektiven Rechtswidrigkeit in unserm deutschen Strafgesetzbuch konstitutiver Faktor des Vorsatzbegriffes nicht ist. Dass dies für das ganze Gesetz gelten muss, folgt aus dem oben (pag. 69) betonten Postulat der Einheitlichkeit der Auffassung des Vorsatzes.

Es will scheinen, als sei diese Einheit in einer Reihe von Para-

[4]) l. c. II. S. 61.

graphen des R.Str.G.B. nicht gewahrt, als sei das Prinzip des Satzes „error iuris nocet“ hier durchbrochen: Der Gesetzgeber hat nämlich in einigen Paragraphen Bezeichnungen, wie „rechtswidrig“, „widerrechtlich“, „unbefugt“ u. dergl. eingeschaltet [5]).

Es fragt sich, wie sind die auf solche Weise exceptionell behandelten Paragraphen zu deuten?

Gerade sie führte Binding dafür ins Feld, dass das Reichsstrafgesetzbuch überhaupt nicht „das wichtigste Merkmal des Deliktsvorsatzes: die That als eine verbotene“ habe fallen lassen. Mit Unrecht hat man (so Lucas) Binding folgenden Einwand gemacht: Gesetzt den Fall, so sagt man, die Paragraphen des R.Str.G.B., wo sich die betreffenden Einschaltungen befinden, bewiesen für sich selbst die Notwendigkeit des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit des Thäters, so sei Binding deswegen noch nicht berechtigt, von diesen Paragraphen den Schluss aufs Ganze zu ziehen.

Demgegenüber ist zu erwidern: Binding geht mit Recht von der Einheitlichkeit des dem R.Str.G.B. zu Grunde liegenden Vorsatzbegriffes aus. Wir müssen sagen: Wenn die in Frage kommenden Paragraphen wirklich so auszulegen sind, wie sie Binding auslegt, so steht dem Schluss auf alle übrigen Paragraphen des Gesetzbuches nichts im Wege.

Es fragt sich eben nur: Soll mit den in die Legaldefinition der betreffenden Verbrechen aufgenommenen Ausdrücken, wie „rechtswidrig“, „unbefugt“ u. dergl. in der That ausgesprochen sein, dass zum Dolus dieser Strafthaten das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehöre, in dem Sinne, das selbst ein sich als Irrtum über das Strafgesetz darstellender rechtlicher Irrtum von strafausschliessender Wirkung sein solle? Denn insofern der Irrtum des Thäters ausserhalb des Strafgesetzes liegende Normen betrifft — dies sei an dieser Stelle ausdrücklich wiederholt —, insofern der Rechtsirrtum ein error facti im Sinne des Strafrechts ist (cf. § 4), soweit die Rechtswidrigkeit Thatumstand ist, steht ein- für allemal fest, dass das Bewusstsein der „Rechtswidrigkeit“ notwendig ist: Wer wegen Betruges verurteilt

---

[5]) Es sind dies folgende Paragraphen des R.St.G.B.: §§ 242, 246, 249, 253, 263, 267, 289, 304, 305, 346, 353 (rechtswidrig) — §§ 123, 124, 239, 240, 291, 339, 353a, (widerrechtlich) — §§ 123, 127, 132, 136, 168, 290, 296a, 299, 300, 360 [7. 8. 14.] (unbefugt, unbefugterweise) — §§ 292, 294, 295, 296, 341 (unberechtigt, ohne hierzu berechtigt zu sein).

werden soll, muss gewusst haben, dass er auf den Vermögensvorteil, welchen er durch Irrtumserregung an sich bringen wollte, kein Recht habe; in diesem Sinne ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich, da die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Betruge ebenso Thatumstand ist, wie die Fremdheit der Sache beim Diebstahl, als solcher daher ins Bewusstsein des Thäters aufgenommen sein muss, damit die Zurechnung begründet sei.

Es kann sich also hier nur darum handeln, ob in den in Betracht kommenden Paragraphen des R.Str.G.B. der strafrechtliche error iuris vom Gesetzgeber mit strafausschliessender Wirkung versehen worden ist. Lebhaft ist diese Frage umstritten. Bejaht wird sie sogar von v. Liszt[6]) und Meyer[7]); sie, die sonst am Prinzip des Satzes „error iuris nocet" festhalten, machen, wie Lucas[8]) sich ausdrückt, vor diesen mit den bewussten Zusätzen ausgestatteten Paragraphen Halt.

Ein Beispiel werfe Licht auf die Tragweite der nach unserer Anschauung inkonsequenten Theorie Liszt's u. A.:

Wir hatten oben (pag. 36, § 4) den Fall, dass ein Erwachsener einen diebischen Knaben züchtigt, überzeugt, in seinem guten Rechte zu handeln. Trotzdem hat ihn, wie wir sahen, das Reichsgericht der vorsätzlichen Körperverletzung für schuldig erklärt. Nehmen wir einmal an, der Erwachsene hätte den Knaben, der ihn bestohlen hatte, anstatt ihn zu züchtigen, zur Strafe in eine dunkle Kammer gesperrt:

Nach Liszt's Theorie wäre er in diesem Falle freizusprechen, hätte in diesem Falle, wo es sich nicht um Körperverletzung sondern um Freiheitsberaubung handelt, der sich als Irrtum über eine strafrechtliche Norm darstellende Befugnisirrtum strafbefreiende Kraft! Heisst es doch im § 239 R.Str.G.B.: „Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt .... wird mit Gefängnis bestraft". — Es leuchtet nicht ein, wie dieses eine Wort „widerrechtlich" des § 239, welches in dem Körperverletzungs-Paragraphen sich nicht findet, Ursache so unterschiedlicher Behandlung zweier so nah verwandter, ja fast identischer Thatbestände sein solle.

Gesetzt den Fall, die in einigen Paragraphen des R.Str.G.B eingefügten Ausdrücke „rechtswidrig" „widerrechtlich" u. s. w. hätten

[6]) l. c. S. 152 (§ 40) 6 A.
[7]) Meyer, Lehrb. 3 A. S. 153.
[8]) l. c. S. 90.

die Bedeutung, dass das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit zum Begriffe des Vorsatzes gehöre — woraus für uns folgen würde, dass dies auch bezüglich aller übrigen Paragraphen des Gesetzbuches gelte — so liesse sich dem Strafgesetzgeber der Vorwurf der Willkürlichkeit nicht ersparen: denn willkürlich wäre es, ein so überaus wichtiges Erfordernis nicht durchgängig, vielmehr nur hier und da zum Ausdruck zu bringen, noch dazu bei Delikten, denen gar nichts Besonderes, sie von den anderen abhebendes, anhaftet.

Wir sehen uns daher zu der Annahme veranlasst, dass den in Frage kommenden Bezeichnungen eine so weittragende Bedeutung durchaus nicht beiwohnt. Über die Beweggründe, weswegen sie an einzelnen Stellen eingestreut sind, in der Regel aber fehlen, erfahren wir aus den Motiven nichts; auch die Materialien des Pr.Str.G.B., welchem die meisten einschlägigen Stellen entnommen sind, schweigen über diesen Punkt.

Das Rätsel löst sich, wenn wir uns an die einfachste Auslegung halten und in den von andrer Seite mit solchem Nimbus versehenen Worten nichts als redaktionelles Beiwerk erblicken: Lediglich auf den objektiven Thatbestand beziehen sich die Worte: sie deuten nichts weiter an, als was von vornherein selbstverständlich ist, nämlich dass die poenalisierten Handlungen nur dann Verbrechenscharakter haben, wenn der Thäter nicht zu ihrer Vornahme aus einem im objektiven Recht liegenden Grunde berechtigt ist: Die Rechtswidrigkeit der Handlung ist Bedingung ihrer Strafbarkeit.

Der Gesetzgeber thut weiter nichts, als dass er in der gesetzlichen Bezeichnung des rechtsverletzenden Charakters der Handlung variiert. Teils hebt er die Rechtswidrigkeit der Handlung ausdrücklich hervor, wie in den (pag. 72, Anm. 5) citierten Paragraphen, teils — und dies ist die übergrosse Mehrzahl der Fälle — wird durch die blosse Thatsache der Poenalisierung eine öffentlichrechtliche Obligation zur Unterlassung der poenalisierten Handlung konstituiert.

Letzteres trifft z. B. zu bei den §§ 211 und 212 R.Str.G.B.: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird . . . . wegen Mordes (Totschlages) . . . . bestraft".

Stillschweigende Voraussetzung der angedrohten Strafe ist, dass dem Thäter kein Ausnahmerecht, keine Sonderbefugnis zur Seite steht. Denn sonst wäre der Scharfrichter der Strafe des Mordes, welche § 211 festsetzt, unrettbar verfallen. Das bayerische Str.G.B. von 1861 sagt

daher auch: „Wer in der Absicht, einen andern zu töten, rechtswidrig den Tod desselben verursacht . . .“[9]) In gleichem Sinne heisst es in § 98 Titel 6, Teil I des Allgemeinen Landrechts: „Wer widerrechtlich einen Menschen um's Leben bringt, muss in allen Fällen der hinterlassenen Frau und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwaigen Kur, ingleichen die Begräbnis- und Trauerkosten ersetzen“. Notwendig war es nicht, dass der preussische Gesetzgeber das „widerrechtlich“ einfügte: denn kein Mensch dürfte wohl den Scharfrichter für verpflichtet halten, die Hinterbliebenen des enthaupteten Mörders mit Trauergarderobe zu versehen: Ein Recht wird hier durch das andere Recht aufgehoben.

Hätte nun auch im Mord-Paragraphen unseres deutschen Str.G.B. das Wort „rechtswidrig“ u. a. Aufnahme seinerzeit gefunden, wie dies ja leicht hätte sein können, so müsste — dies bedenke man! — nach der Meinung derer, welche damit das Postulat des Bewusstseins der Strafgesetzwidrigkeit ausgedrückt sehen, derjenige, welcher jemandem auf dessen dringendes Verlangen den Tod giebt, im Glauben, zu solchem Thun ein Recht zu haben, durch diesen seinen strafrechtlichen Irrtum gedeckt sein!

Man wird daher nicht anders können, als den erörterten Bezeichnungen alle sachliche Bedeutung absprechen, ihnen rein deklarativen[10]) Wert beimessen. Man wird sagen: jene Wörter könnten ebensogut ganz fehlen, man wird sie mit Lucas[11]) auffassen als ein „Superfluum, hervorgerufen durch einen Akt legislatorischer Vorsicht, welche bei Thatbeständen, hinsichtlich deren die Berechtigungsfrage besonders wichtig ist, jedes Missverständniss von vornherein unmöglich machen und die Aufmerksamkeit des Richters auf die Frage besonders hinlenken wollte“.

Für uns steht die Auseinanderreissung jener Verbrechen, deren Legaldefinition die erörterten Ausdrücke „rechtswidrig“, „widerrecht-

[9]) Auch sonst gedenkt das bayrische St.G.B. mehrfach der Rechtswidrigkeit, wo das R.St.G.B. sie als in der That objektiv schon liegend voraussetzt, so bei der Körperverletzung und der Brandstiftung. Darauf macht Schaper aufmerksam in Holtz. Handbuch II S. 209.

[10]) Dies thut auch Berner, Lehrb. S. 120 Anm., wenn er sagt: „Oft hebt das R.St.G.B. nicht nur das subjektive Moment der Vorsätzlichkeit, sondern auch das objektive der Rechtswidrigkeit hervor.“

[11]) l. c. S. 92.

lich" u. a. aufweist, und der übrigen Verbrechen auf derselben Stufe wie die von den übrigen Delikten unterschiedliche Behandlung der Polizeidelikte. Hier wie dort ist an der generischen Gleichheit des gesamten Strafrechts festzuhalten. Die kriminelle Schuldfrage ist ein für allemal aus denselben Gesichtspunkten zu erörtern, unter demselben Sehwinkel zu betrachten.

Hinsichtlich der Polizeidelikte und Nicht-Polizeidelikte ergiebt sich diese generische Gleichheit aus § 1 des R.Str.G.B. Es lässt sich für die Sonderbehandlung kein theoretisch zu rechtfertigender Grund anführen, da die Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen, Übertretungen nur für eine Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte berechnet, vorwiegend quantitativ [12]) ist, aber keine Unterlage für eine qualitativ verschiedene Behandlung giebt.

Die Wissenschaft kann allein den Standpunkt vertreten und zu dem ihren machen, dass auch im Gebiete des Polizeiunrechtes die strafrechtliche Zurechnung auf der Willensschuld (also auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruht, und dass von einer rein formalen, sich lediglich an die äussere Verursachung haltenden Zurechnung auch hier nicht die Rede sein kann; sie darf sich nicht auf den Boden einer Nützlichkeitspraxis stellen, welche lediglich das nackte Faktum ohne Bezug auf den Willen entscheiden lässt [13]).

---

[12]) Berner, Wirkungskreis S. 14. Auch Heffter, Lehrb. § 31 leugnet die Sonderstellung der Polizeidelikte: „Eine wesentliche in der Natur des Verbrechens oder der Strafe begründete Verschiedenheit besteht nicht zwischen eigentlichen (peinlichen) und Polizeivergehen." — Aus einem andern Gesichtspunkt wurde die Gleichbehandlung der Polizei- und der Nichtpolizeidelikte schon einmal in dieser Abhandlung (pag. 48) befürwortet.

[13]) Mit scharfen Worten wird das eine solche Nützlichkeitspraxis bei Übertretungen, Zoll- und Steuerdelikten befolgende preuss. Obertribunal von Loos in der „Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung" (1870. S. 323 f) angegriffen. Seine Ausführungen sind nur insoweit begründet, als sie Fälle betreffen, woselbst trotz eines faktischen Irrtums auf Strafe erkannt wird. So hätte von Rechtswegen jene Herrschaft, die eine russische Jüdin ohne Zustimmung des Ministers des Innern in Dienst genommen hatte, weil sie nicht wusste, dass die Frauensperson eine russische Jüdin war, keine Geldstrafe zu bezahlen brauchen. — Das Prinzip des Obertribunals wird auch vom Reichsgericht vertreten, wenn dieses (§ E. VII. S. 240) den § 59 R.St.G.B. auf Wechsel-Steuerhinterziehung für nicht anwendbar erklärt. Ebenso wie Meyer (Lehrb. § 26) tritt demgegenüber Binding, worin ihm nur beizupflichten ist, mit Endschiedenheit für die Einheitlichkeit des kriminellen Schuldbegriffs ein, indem er

Das R.Str.G.B. gewährt keinen Anhalt dafür, dass nicht auch bei den Polizeiübertretungen dem Willen das in unserm § 4 behandelte „Recht des Wissens" bei der vorsätzlichen Handlung gewahrt werden soll.

So ist unser Endresultat, dass das R.Str.G.B. durchweg nur einen Vorsatz kennt. Der Vorsatz ist der nämliche bei der Körperverletzung wie bei der Freiheitsberaubung: Es gilt der Satz „error iuris nocet", ob nun die Legaldefinition der strafbaren Handlung das Wort „widerrechtlich" enthält oder nicht. — Und der Mörder ist auf Grund des nämlichen Vorsatzes strafbar wie der, welcher in seinem Mutwillen „Hunde auf Menschen hetzt" (§ 366, 6 R.Str.G.B.): Dass ein Mensch Objekt seiner Handlung ist, muss der Thäter z. B. hier wie dort wissen. Ein thatsächlicher Irrtum wirkt strafausschliessend, ob wir es nun mit einem Polizeidelikt oder dem schwersten Verbrechen zu thun haben [14]).

§ 8.

Schlussbetrachtung.

Der Schwerpunkt dieser Abhandlung liegt in der Betonung der Unerheblichkeit des individuellen Wissens von den rechtlichen Folgen der Handlung für die Frage der kriminellen Zurechnung.

---

sagt (l. c. II S. 616): „Die Annahme, dass ein materielles Strafgesetz mit vollem Bewusstsein an schuldlose Thatbestände eine Strafdrohung knüpfen könnte, enthält den schwersten Vorwurf, der je der modernen Strafgesetzgebung gemacht ist, den Vorwurf bewusster Verletzung der höchsten Grundsätze der Gerechtigkeit und des schnödesten Verrats an der Rechtschaffenheit der Staatsbürger."

[14]) Ebenso wie das R.St.G.B. keine Bestimmung über die Irrelevanz des kriminellen error iuris enthält, könnte auch der § 59 ganz fehlen. Wie denn in der That der aus rein praktischen Gründen schliesslich doch in das Gesetzbuch aufgenommene Irrtums-Paragraph des Pr.St.G.B., aus welchem der Irrtums-Paragraph unseres R.St.G.B. hervorgegangen ist, im Entwurfe von 1850 wegen der Selbstverständlichkeit in ihm ausgesprochenen Gedankens oder wie Berner (Grundsätze des preuss. Strafrechts S. 74) sagt, als unvollständiger Ausdruck für ein viel allgemeineres Prinzip ganz fortblieb; man könne — so heisst es in den Motiven durch strenge Folgerungen aus dem Begriff des Vorsatzes auf dasselbe Resultat kommen, wenn man nur die subjektive und objektive Seite des Verbrechens scharf sondere. Und wirklich gelangt man durch strenge Folgerungen aus dem Begriff des Vorsatzes wie zur Verneinung der Wirksamkeit des kriminellen Rechtsirrtums auch zur Bejahung der Wirksamkeit thatsächlichen Irrtums: Aus dem unserem § 3 zu Grunde liegenden Satz von der Objektivität folgt der in unserem § 5 näher erörterte Satz „error iuris nocet" und auf dem in unserm § 4 behandelten „Recht des Wissens" beruht die in § 59 R.St.G.B. sanktionierte Erheblichkeit des „error facti".

Der Schuldbegriff, welcher sich aus der hier vertretenen Anschauung ergiebt, muss ein wesentlich anderer sein als der Schuldbegriff derer, welche den Willen in Beziehung zum Recht oder sonst einer Objektivität setzen und dem Worte „Schuld" einen sittlichen Beigeschmack verleihen. Wir, die wir den Willen in Bezug setzen nicht zum Recht, sondern zum Erfolge, nicht zur Qualifikation der Handlung, sondern zur Handlung selbst, sehen die Schuld lediglich in der Urheberschaft einer objektiv strafbaren Handlung. Schuldhaft ist jedwede Handlung, sofern sie nur Handlung ist, wenn sie mit dem geltenden Strafrechte kollidiert.

Die Frage der strafrechtlichen Schuld ist rein objektiv zu beurteilen. Das Bewusstsein „schuld" zu sein (scil. an der Handlung, an dem Thatbestande des konkreten Verbrechens) — dahin fassen wir unsere Erörterungen über die Materie zusammen — ist für den kriminellen Vorsatz begriffswesentlich, nicht aber das Bewusstsein, „schuldig" zu sein oder, kurz, das „Schuldbewusstsein".

Die psychologische Erklärung der von uns verworfenen Aufnahme dieses Schuldbewusstseins in den Begriff des Vorsatzes finden wir in folgendem Irrtum: Da im Laufe der Zeiten das Bewusstsein der Schuld i. S. der Strafbarkeit der Handlung oder wenigstens ihrer Moralwidrigkeit vielen verbrecherischen Handlungen gewissermassen immanent geworden war, hatte man ganz darüber vergessen, dass diesem Schuldbewusstsein ursprünglich eine strafbegründende Rolle keineswegs zufiel (cf. oben pag. 45). So gelangte man allmählich dazu, eine mehr oder weniger zufällige Begleiterscheinung des auf eine objektiv strafbare Handlung gerichteten Willens zur Voraussetzung der „Strafthat", zur Funktionsbedingung des Strafrechtes zu erheben. Weil man verlernt hatte, den auf eine objektiv strafbare Handlung gerichteten Willen ohne das subjektive Schuldbewusstsein zu denken[1]), forderte man auch bei denjenigen strafbaren Handlungen, welche in dem subjektiven Bewusstsein als solche nicht allgemein lebten — wohl nie wird es dahin kommen, dass alle Verbrechen in der Vorstellung aller auch als solche existieren! — forderte man auch bei ihnen jenes Schuldbe-

[1]) Da Verrat eine objektiv schändliche That ist, spricht die C. C. C. in Art. 124 von „boshafftiger verreterey"; Art. 178 bestraft in dem versuchten Verbrechen den „bösen" Willen, weil das Verbrechen etwas böses ist, ein auf etwas böses gerichteter Wille aber nicht anders als böse vorgestellt werden kann.

wusstsein: Man bedachte nicht, dass man damit ein naturale, welches auch fehlen kann, ohne innere Berechtigung in ein essentiale umwandelte.

Der Satz des kanonischen Strafrechts „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus" hat von der für die Strafausmessung richtigen[2]) und wertvollen Ansicht, dass vornehmlich die verbrecherische Gesinnung gestraft wird, für die Zurechnung zu der irrtümlichen Folgerung geführt, dass, wo diese böse Gesinnung nicht erwiesen werden kann, die Zurechenbarkeit der That zu verneinen ist.[3])

Ob in dem Willen sich die Strafbarkeit oder Verwerflichkeit der objektiv strafbaren oder verwerflichen Handlung spiegelt, darauf kommt für die Zurechnungsfrage nichts an.

Wird man einen Lügner, weil er bei der Lüge keine Empfindung ihrer Verächtlichkeit hatte, deswegen vom Vorwurf der Lüge lossprechen? Darum nicht, weil dieses subjektive Bewusstsein für die Lüge nicht in demselben Sinne begriffswesentlich ist, wie das Bewusstsein, eine Unwahrheit zu behaupten, ohne welches keine Lüge vorliegt. Mit dem vorsätzlichen Verbrechen ist es nicht anders: Auch hier hängt die durch das Wissen und Wollen der Handlung als solcher bedingte Zurechnung von der Gesinnung d. h. von dem Meinen über die kriminelle oder gar über die sittliche Qualifikation der Handlung, wie auseinandergesetzt, nicht ab.

Ein Princip, welches die Schuld lediglich in die Verantwortlichkeit für den Erfolg setzt und das Verhältnis des Willens zum Werte der Handlung völlig ignoriert, muss notwendig das sociale Verantwortlichkeitsgefühl des Individuums höher spannen als ein Schuldbegriff, welcher im letzten Grunde das Individuum selbst über sein Thun und Lassen zu Gericht sitzen lässt.

Auf dem Gebiete des Civilrechts geht eine analoge Tendenz

---

[2]) Auch hier hat die starke Betonung der voluntas durch das kanonische Recht, dem sonst eine wesentliche Läuterung des Versuchsbegriffes zu verdanken ist, zu der Übertreibung geführt, dass der Versuch der Vollendung gleich gestraft wird, wie im Code pénal.

[3]) Da mit dem Worte „Dolus" sich die Vorstellung der Arglist, der bösen Gesinnung verknüpft, so empfiehlt es sich, das Wort wegen der in ihm liegenden Gefahr der Irreleitung aus den Strafrechtslehrbüchern, wo es nicht schon geschehen ist, gänzlich zu verbannen, und anstatt dessen nur vom strafrechtlichen „Vorsatz" zu reden.

dahin, die individuelle Verantwortlichkeit zu steigern: wir werden weiter unten sehen, inwiefern.

Zwei grosse Epochen lassen sich bis jetzt unterscheiden in der Geschichte der civilen und kriminellen Haftung: Denn es sind dieselben Strömungen, welche civile und kriminelle Haftung beeinflussen. Ursprünglich herrschte das Eventus-Princip[4]). Indem man den Wert oder Unwert einer Handlung aus ihren Folgen ableitete[5]), sich an ihr Woher nicht kehrte, strafte man auch, wenn die That auf den Willen des Thäters nicht zurückführbar war, auch wenn „Handlung" nicht vorlag. Desgleichen in Betreff des civilen Schadensersatzes bestand Haftung für das „Ungefährwerk." Jedweden Schaden, dessen wenn auch unschuldige Veranlassung man geworden war, war man gehalten, zu ersetzen.[6])

Auf die Periode des Eventusprincipes „die Stufe des im Affekt befangenen Rechtsgefühls", so nennt sie Ihering[7]), folgt das Regime des Culpaprincipes: Nicht mehr nach seiner Wirkung, sondern nach seiner Ursache wird das Unrecht gewürdigt in dieser Epoche, welche im Gegensatz zur voraufgegangenen die Herkunft der Handlung über ihren Wert entscheiden lässt. Die Verinnerlichung der individuellen Haftpflicht bedeutet es, wenn nunmehr der Schuldbegriff der allgemeine Haftungsmassstab würde.

So gross die Errungenschaft solcher Losreissung von der natürlich-sinnlichen Anschauungsweise, der Verbannung der Kasualhaftung auch war, in seinen letzten Konsequenzen führte das Kulpaprincip zur Verkennung des wahren Charakters wie des Schadensersatzes so der Strafe, indem es das Willenselement allzusehr in den Vordergrund schob, die Gesinnung zum A und O aller Zurechnung machte[8]).

---

[4]) Es galt im germanischen Recht ebensogut wie im ältesten römischen Recht (Rein, Kriminalrecht der Römer S. 146) für die kriminelle als auch die civile Haftung.

[5]) Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse S. 54 (4 A) tauft diese Periode die „vormoralische".

[6]) Nach dem Sachsensp. II. Art. 14 hatte, wer einen andern in Notwehr erschlug, das Wergeld des Erschlagenen zu zahlen: So weit ging die Auffassung des einen Schaden verursachenden als eines „willenlosen Werkzeuges in der unsichtbar lenkenden Hand des Geschickes" (Wilda l. c. S. 552).

[7]) Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 9.

[8]) Manche rechtliche Institute sind anfänglich nur auf die subjektive Gesinnung zugeschnitten; erst allmählich gewinnen sie auch eine objektive Grundlage: Die

Das Wesen des Schadenersatzes besteht in der ausgleichenden Gerechtigkeit; mit der Strafe kann er im Hinblick auf seine grundverschiedene Funktion nicht zusammen auf dieselbe Basis gestellt werden. Eine „romanistisch-individualistische Verirrung, eine Verkennung der socialen Aufgabe des Privatrechts“ sieht Gierke[9]) darin, wenn die gesamte Ordnung des Schadenersatzrechtes auf den Deliktsbegriff gebaut werden soll. Gegenüber dem der Natur des Schadensersatzes nicht gerecht werdenden Kulpaprincip erhebt sich in geläuterter Gestalt[10]) das germanische Princip ausgedehnter Haftpflicht mit dem Grundsatz, dass wer die Vorteile aus einem die Mitmenschen gefährdenden Eigentum geniesst, auch das entsprechende Risiko zu tragen hat,[11]) kurz der Gedanke einer wirtschaftlichen Verantwortlichkeit.[12]) Es vollzieht sich eine Wiederbelebung überwunden geglaubter Principien: „Was unterlegen schien, erhebt sich in freierer, reiferer, vollerer Gestalt zu Macht und Sieg. (Gierke l. c. S. 14.)

Dem Strafrechte hat das Kulpaprincip dauernden Gewinn gebracht in dem Satze, dass objektives Unrecht kriminell nicht in Betracht kommt[13]). Das Kulpaprincip hat den Gedanken „ohne Willensschuld

---

exceptio doli war anfänglich nur zulässig bei einer wissentlich der bona fides zuwiderhandelnden Klage; später greift sie auch ein „si ipsa res in se dolum habet“ (l. 36 de verb. Oblig. 45, 1). Neben das aus subjektiver Grundlage erwachsene Anfechtungsrecht der Gläubiger tritt im modernen Recht eine auf objektiven Grunde beruhende Anfechtung, neben die „paulianische“ die „kondikticische“. Erst in jüngeren Stadien der Entwicklung richtet sich die deutsche „Urteilsschelte“ nicht nur gegen wissentliche Rechtsbeugung, auch gegen objektive Unrichtigkeit des Urteils.

[9]) Die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 32.

[10]) Nämlich als das von R. Merkel in seiner Schrift „die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen“ aufgestellte, insonderheit auch für den „Notstand im Privatrecht“ wichtige „Prinzip des aktiven Interesses“.

[11]) Vergl. Brunner, deutsche Rechtsgeschichte B II S. 550, den letzten Absatz des § 125, wo darauf hingewiesen wird, dass die ausgedehnte Haftung für Ungefähr im germanischen Recht wirtschaftliche Aufgaben erfüllte, welchen erst unsere jüngste Reichsgesetzgebung gerecht zu werden vermochte.

[12]) Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, S. 121, spricht vom „objektiv-wirtschaftlichen Kausal-Zusammenhang“.

[13]) Desungeachtet finden sich auch im geltenden Recht Fälle, wo lediglich das Vorliegen des objektiven Thatbestandes strafbegründend ist. Solche Beispiele zählt auf v. Liszt l. c. § 35, Anm. 4. Auch unser R.Str.G.B. begnügt sich oft mit blosser Kausalität, wenn durch eine an sich schuldhafte Handlung ein unverschuldeter schwerer Erfolg herbeigeführt wird. Des Näheren vergl. Rupp, Modernes Recht und Verschuldung.

(Verantwortlichkeit) keine Strafe“ für immer zum Kernpunkt des gesamten Strafrechts gemacht. Auf der andern Seite aber ist das Kulpaprinzip über das Ziel hinausgeschossen: Auf Grund einer Überschätzung der Bedeutung des Willens führte es schliesslich zur Proklamierung der Souveränität subjektiver Einsicht im Herrschaftsgebiete der Objektivität.

Seine Berichtigung erfährt das für die strafrechtliche Zurechnung im wesentlichen, d. h. als Verantwortlichkeitsprinzip bestehen bleibende Kulpaprinzip wiederum durch ein Anknüpfen an die dem Individualwillen jegliche Erheblichkeit absprechende erste Periode. Eine Läuterung des Schuldbegriffes ist das Resultat solchen Zurückgehens ad cunabula iuris, welches die Augen darüber öffnet, dass die kanonische Auffassung des Verbrechens als einer „Sünde“, eine Auffassung, die das Bewusstsein von der kriminellen oder moralischen Qualifikation der Handlung in den Begriff des Vorsatzes hineingetragen hat, dem eigentlichen Wesen des Strafrechts fernliegt, welches die Selbstbehauptung des sozialen Organismus ist.

THESEN.

I.

Die juristische Person ist deliktsfähig.

II.

Die Straflosigkeit der Notstandshandlung schliesst eine civile Ersatzpflicht nicht aus.

III.

Subjekt der Prädialservitut ist der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks.

IV.

Es giebt keine „staatsrechtlichen Verträge".

V.

Der Antrag bei den Antragsvergehen ist nicht prozessualer, sondern vielmehr materiellrechtlicher Natur.

Lebenslauf.

Sohn des am 31. Oktober 1894 verstorbenen Direktors des „Deutschen Reichsanzeigers“ Dr. phil. Hermann Klee bin ich, Karl Klee, am 1. März 1876 zu Berlin geboren. Ich bin evangelischer Konfession.

Meine Schulbildung erhielt ich von 1882—1885 auf der Coler'schen Privatschule und von 1885—1893 auf dem Kgl. Joachimsthal'schen Gymnasium zu Berlin. Letztere Anstalt verliess ich Ostern 1893 mit dem Zeugnis der Reife. Ich studierte darauf sechs Semester hindurch die Rechte und Staatswissenschaften, und zwar das erste Semester in Berlin, das zweite und dritte in München, die drei letzten Semester wiederum in Berlin.

Während dieser meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen bei den Herren Professoren: Aegidi, v. Amira, v. Bechmann, Berchthold†, Biermann, Brentano, Brunner, Carriere†, Curtius†, Dambach, Dernburg, du Bois-Reymond†, Eck, Gierke, v. Gneist†, Grueber, Hinschius, Hübler, Kahl, Kohler, Pernice, Piloty, Schmoller, Sering, v. Treitschke†, Wagner.

Es sei mir gestattet, an dieser Stelle meinen Lehrern aufrichtigen und ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

Am 8. Juni 1896 absolvierte ich die erste juristische Prüfung vor der Prüfungskommission des Kgl. Kammergerichts mit dem Prädikat „gut“, am 9. Februar 1897 bestand ich das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin mit dem Prädikate „magna cum laude“.

Seit dem 22. Juni 1896 bin ich als Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Charlottenburg angestellt.